

Revista do Ministério Público Militar

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

Ano XLV – Número 32 – Abril de 2020
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 de textos e diagramação: 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 46, n. 32 (abr. 2020) – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974–

Semestral

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

ISSN 2596-1608

I – Brasil. Ministério Público Militar.

Apresentação

O Ministério Público Militar, completa neste ano, 100 anos de atuação. Nós, que pertencemos a este órgão público, que é o nosso segundo lar, estamos exultantes em comemorar data tão expressiva e significativa.

Porém, infelizmente, é neste ano também que assistimos a um momento de aflição que foi imputado a todos os habitantes da Terra: esta pandemia que trouxe medo, destruição da economia de diversos países, insegurança, desconfiança e incertezas.

Mas a humanidade sempre atravessou os seus desafios globais de cabeça erguida, e agora não será diferente. Precisamos continuar nossas vidas, nossos trabalhos, nossos lazeres, nossa incansável busca pelo conhecimento, ferramenta esta fundamental a todos, em qualquer tempo e lugar.

Nesse sentido, é com grande satisfação que o Ministério Público Militar apresenta mais esta edição, de número 32, da Revista do MPM, em que vários articulistas de todo o Brasil deixaram a sua valiosa contribuição.

Não citarei nomes aqui, pois todos, com suas visões particulares, suas pesquisas e suas experiências, escreveram com a plena certeza de que estão ajudando a muitos estudiosos do Direito a aperfeiçoarem seus trabalhos, seus estudos, suas opiniões.

A família Ministério Público Militar tem orgulho dos trabalhos desenvolvidos por esta grande instituição, que se aprimora em todos os dias, em todas as horas, em todos os momentos, para entregar à sociedade a atuação ministerial que lhe é de direito.

Agradeço aos conselheiros do Conselho Editorial do MPM, pela sua dedicação, mesmo nessas horas difíceis em que nos encontramos; e a todos os

colaboradores desta edição, que nos presentearam com seus artigos da mais alta qualidade.

Em oportuno, aproveito para solicitar que nossos brilhantes escritores continuem enviando seus enriquecedores trabalhos, para que a Revista do Ministério Público Militar continue a ser o porto seguro da boa informação, a fonte permanente de consulta aos construtores do Direito Militar brasileiro.

Uma boa leitura a todos!

Antônio Pereira Duarte
Procurador-Geral de Justiça Militar

Editorial

Estamos em tempos difíceis. Uma revista jurídica é um periódico e pode e deve ser, ao menos em parte, uma crônica dos tempos que vivemos.

Assim sendo, abrimos nossa edição, como já é tradição, dando destaque a um texto, desta vez uma nota pública do Fórum Nacional de Juízes Criminais (FONAJUC) que bem demonstra a preocupação com a segurança das pessoas em tempos de pandemia.

Passamos aos nossos artigos inéditos em que, além de vários artigos de Direito Militar, de Direito Internacional Humanitário e dos conflitos armados, afeitos ao MPM e que analisam questões hoje pujantes, temos também textos que analisam a realidade do nosso direito, na área penal, processual, de execuções, controle externo da atividade policial, ciência política, compliancee mesmo da teoria penal mais aprofundada. Esta edição está particularmente repleta de artigos de qualidade, são 12, o que parece indicar que estamos no caminho certo, despertando a vontade de escrever e recebendo o prestígio de muitos autores.

Em nossas já tradicionais seções que publicam artigos já publicados em outros sites e revistas jurídicas e os que tiveram repercussão na imprensa, pudemos trazer artigos cuja consulta será muito útil a quem atua na prática do direito, militar ou comum, e para quem busca entender melhor uma série de questões que vêm ocorrendo no meio jurídico e na Sociedade. Elas são a própria essência da crônica que mencionamos. A reunião desses artigos, temos certeza, ajudará nas peças, petições, audiências e na análise da realidade

Por fim, passamos a incluir uma seção muito importante. O Direito não pertence só a quem o opera. Pertence também, e principalmente, a

quem o sofre diariamente, aliás, àqueles que são a fonte e a destinação dele: os indivíduos, a Sociedade, as pessoas reais. Esta nova seção, traz, então, a opinião de um desses ditos cidadãos comuns, ditos leigos, mas que são o motivo de tudo isto. Os operadores do Direito não são donos do Direito nem da Justiça e precisam ouvir a Sociedade. Quem sofre os resultados das leis e suas interpretações também tem direito de opinar sobre esse assunto, para que o Direito não se torne ilegítimo, e tomamos a iniciativa de lhes dar voz em uma revista jurídica: começamos com um Engenheiro...

E que a leitura desta revista e de quaisquer outras boas obras possa nos levar à ação, possa evitar a omissão, nas palavras de Edmund Burke:

Para que o mal triunfe, basta que os bons fiquem de braços cruzados...

Adriano Alves-Marreiros
Promotor de Justiça Militar

Sumário

Nota em defesa da Segurança Pública

- ❖ Abertura dos presídios devido ao coronavírus, pp. 15-16

Artigos inéditos

- ❖ (In)aplicabilidade do novo art. 75 do Código Penal comum ao Direito Penal Militar e a desproporcionalidade dos dispositivos de aplicação da pena no Código Penal castrense (*Cícero Robson Coimbra Neves*), pp. 19-44
- ❖ A tortura dos números prisionais (*Bruno Carpes*), pp. 45-52
- ❖ Causas interruptivas e suspensivas da prescrição punitiva no Direito Penal Militar: Lei Anticrime e precedentes do STF (*Anderson Batista de Souza*), pp. 53-72
- ❖ Abordagem Policial e Accountability : uma aproximação do Interacionismo Simbólico de G.H. Mead ao controle externo da atividade policial (*Tatiana Almeida de Andrade Dornelles*), pp. 73-98
- ❖ Método APAC: um olhar crítico em defesa do estado de direito e da sociedade (*Marcos Eduardo Rauber*), pp. 99-106
- ❖ Status de militar no crime de deserção: o que muda com a inserção do art. 34-A na Lei do Serviço Militar (*Daniel Souza Nogueira*), pp. 107-128
- ❖ O princípio da plenitude da defesa e a impossibilidade de inovação na tréplica (*Antonio Sergio Cordeiro Piedade; Ana Carolina Dal Ponte Aidar*), pp. 129-138
- ❖ A (in)constitucionalidade dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas (*Mauro Machado Guedes*), pp. 139-156

- ❖ O direito como instrumento de combate (*Walisson D'Arc Moizés*), pp. 157-172
- ❖ Estrita observância do Direito Internacional Humanitário e dos Direitos Humanos pelos Peacekeepers do Brasil na Missão de Paz no Haiti (2004-2017) (*Dehon Padilha Figueiredo*), pp. 173-194
- ❖ Compliance não só para os outros (*Alexandre Schneider; Henrique da Rosa Ziesemer*), pp. 195-208
- ❖ O dolo está na mente ou na ação? Um panorama (para além) dos sistemas causalista (CP/40 e CPM/69) e finalista (CP/84) (*Bruno Cortez Torres Castelo Branco*), pp. 209-232

Artigos publicados em outros sites, livros e revistas jurídicas

- ❖ A extinção da prisão aos militares estaduais (Lei federal n.º 13.967, de 26-12-2019): a impossibilidade e a flagrante inconstitucionalidade formal e material (*Roberto Botelho*), pp. 235-250
- ❖ A prisão de militar em flagrante delito: a exceção à regra do artigo 223 do Código de Processo Penal Militar (*Paulo Cunha*), pp. 251-258
- ❖ Análise comportamental do Direito: ideias básicas (*Julio Cesar de Aguiar; Benjamin Miranda Tabak*), pp. 259-270
- ❖ Síndrome do Piu-Piu no júri (*César Danilo Ribeiro de Novais*), pp. 271-276
- ❖ Um projeto anticrime para o Foro de São Paulo comemorar (*Claudia Piovezan*), pp. 277-282
- ❖ Sensacionalismo, superstição e verdade na crise do covid-19 (*José Ribamar da Costa Assunção*), pp. 283-292

Artigos de grande repercussão

- ❖ Mentirinhas!... Mentiras!... Mentiradas!... (*Debora Balzan*), pp. 295-298
- ❖ Em tempos de mentiras... mentirinhas...mentiradas, acreditar em quem???
(*Silvio Munhoz*), pp. 299-302
- ❖ Sobre a liberação da população carcerária (*Renata Guarino*), pp.303-304
- ❖ Fina-estampa! (*Silvia Regina Becker Pinto*), pp. 305-306
- ❖ Você Não Soube Me Amar: polícia, intelectuais e ideologia (*Roberto Motta*), pp. 307-310

Nota em defesa da Segurança Pública

Nota Pública – Abertura dos presídios devido ao coronavírus

O FÓRUM NACIONAL DE JUÍZES CRIMINAIS - FONAJUC, instituição composta de Magistrados Estaduais, Federais, Militares e Trabalhistas de todas as regiões do país, na qualidade de fórum científico dedicado exclusivamente ao estudo das questões afetas à área criminal vem reafirmar a importância da ordem pública como essencial à sobrevivência da sociedade, especialmente em momentos de crise.

A recente pandemia ocasionada pelo Coronavírus (COVID-19) já tem mostrado efeitos nefastos no Brasil, com o fechamento de serviços públicos e privados, restrição de circulação de pessoas, quarentena e outras medidas gravíssimas que, justificadamente, impactam direitos fundamentais. Isso ocorre em razão do risco que a circulação de pessoas contaminadas causa na propagação da doença, sendo essencial esse isolamento para o achatamento da curva de contágio, evitando a sobrecarga dos serviços de saúde.

Assim, é com bastante surpresa que o FONAJUC recebe o posicionamento de juristas no sentido de liberar pelas ruas criminosos segregados da sociedade em razão da gravidade dos seus crimes como “forma de conter a propagação do vírus”. No Brasil, o regime fechado e a prisão preventiva ocorrem apenas em casos de delitos graves e/ou de criminosos reiteradamente reincidentes. Assim, aqueles que estão segregados da sociedade estão por motivos concretos e fundamentados, devidamente sujeitos ao sistema judicial.

A suposta necessidade de liberar esses criminosos ou réus pelas ruas, com a alegação de que podem se contaminar, atenta diretamente contra o direito fundamental de segurança dos indivíduos honestos que estão soltos e já sofrendo os efeitos da pandemia em suas vidas particulares e seus negócios. Criminosos são segregados da vida em sociedade por motivos legalmente previstos e que não podem ser sindicáveis por ideologias desconectadas da realidade.

A razão de estarem presos são as mesmas pelas quais não poderiam ser soltos: se descumpriram a lei de forma tão grave que os levou à prisão, com muito mais motivo não obedecerão a ordem de quarentena. Assim, esses criminosos (estupradores, homicidas, latrocinidas, ladrões) estarão livres pelas ruas para não só praticarem seus crimes como também para espalharem a doença, já que são avessos à qualquer ordem social e à empatia com o próximo, o que será acentuado diante da sensação de impunidade. Se o criminoso foi preso porque não respeita a lei, solto não se espere que ele vá respeitar a quarentena.

Se os detentos já estão segregados, é hora de permanecerem segregados, como o resto da população honesta e ordeira, a fim de conter o avanço da doença, e não que sejam soltos porque a segregação total importaria a suspensão de privilégios como visitas comuns e visitas íntimas. Enquanto todas as forças do país se unem contra a pandemia, é de causar espanto que existam aqueles que se proponham a piorar a situação de caos por motivos alheios ao interesse público. No momento o Brasil precisa mais do que nunca de ordem. As forças de segurança já estão suficientemente ocupadas e a população mais do que sobrecarregada para terem que lidar com uma onda de crime estimulada pela impunidade.

Assim, o FONAJUC espera que impere o bom senso nas autoridades e que o Brasil venha finalmente a assumir uma postura mais adequada a de países civilizados e que resguardam os interesses de todos, especialmente daquela parcela da sociedade que contribui para seu crescimento e manutenção.

DIRETORIA DO FONAJUC

Artigos inéditos

(In)aplicabilidade do novo art. 75 do Código Penal comum ao Direito Penal Militar e a desproporcionalidade dos dispositivos de aplicação da pena no Código Penal castrense

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. Professor da Faculdade de Direito de Santa Maria.

RESUMO: O presente raciocínio aproveita o ensejo da Lei n. 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, para lançar um olhar sobre as regras de aplicação e de cumprimento de pena no Direito Penal Militar. Com o advento da nova Lei, alterou-se o art. 75 do Código Penal, elevando o limite máximo de cumprimento de pena para 40 anos. Indaga-se, neste trabalho, se essa alteração influencia o Direito Penal Militar, o que impõe a necessidade de analisar não apenas o dispositivo específico da lei penal militar sobre o assunto, mas também outros sobre a aplicação e a unificação da pena, cotejados com o princípio da proporcionalidade. Conclui-se, ao final, que os dispositivos sobre a aplicação e a unificação foram recepcionados em parte pela Constituição Federal de 1988, e que a alteração do art. 75 do CP não modificou os limites de cumprimento de pena no Código Penal Militar, embora sirva de parâmetro para futuras alterações da lei castrense.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Militar. Princípio Da Proporcionalidade. Aplicação e cumprimento da pena privativa de liberdade.

ENGLISH

ABSTRACT: This reasoning takes advantage of the opportunity of Law No. 13.964/2019, known as the “Anticrime Package”, to shed some light over the rules of application and enforcement of sentences in military criminal law. After the new Law, art. 75 of the Penal Code has been amended, raising the maximum penalty limit to 40 years. This paper brings up the issue of whether this amendment influences military criminal law, which imposes the need to analyze not only the specific provision of military criminal law on the subject, but also others on the application and unification of the penalty, compared with the principle of proportionality. Finally, it is concluded that the provisions on application and unification were received in part by the Federal Constitution of 1988 and that the amendment of art. 75 of the Penal Code did not change the limits of compliance with the military penal code, although it serves as a parameter for future changes to the military justice.

KEY WORDS: Military Criminal Law. Principle of Proportionality. Application and Enforcement of the Private Penalty of Liberty.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O novo art. 75 do Código Penal – 3 Princípio da proporcionalidade e a justa resposta penal ao crime – 4 Avaliação Crítica dos dispositivos do Código Penal Militar que tratam da fixação da pena – 5 O art. 81 do Código Penal Militar e o art. 75 do Código Penal comum – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Em de 11 de dezembro de 2019, o Plenário do Senado aprovou o “Pacote Anticrime”, trazido pelo Projeto de Lei n. 6.341/2019, que vingou, após sanção presidencial com alguns vetos, pela Lei n. 13.964/2019.

Houve substanciais alterações no Direito Penal e Processual Penal brasileiro, com o objetivo, ao menos inicial, de alcançar mais rigor no combate à criminalidade, mas que ganhou peculiares disposições, muito discutidas na atualidade.

Embora seja uma extensa lei, a única alteração expressamente trazida ao Direito Castrense foi o acréscimo do art. 16-A ao Código de Processo Penal Militar, o que não impede que se discuta se outras alterações atingiram o Direito Militar.

Um dos pontos mais interessantes nessa tarefa está em verificar se a alteração do art. 75 do Código Penal comum pode gerar reflexos na aplicação e cumprimento da pena no Direito Penal Militar, mas esse é apenas o porto de partida, pois, como consequência, há que se revisitar alguns dispositivos do Código Penal Militar sob o crítico olhar do princípio da proporcionalidade.

Em outras linhas, a necessária avaliação da aplicação ou não da nova regra do Código Penal comum ao Direito Penal Militar leva a um estudo mais detido sobre as regras de aplicação de pena, com o propósito de permitir a justa resposta penal ao crime praticado.

Esta é a viagem proposta. Lançar um olhar renovado sobre alguns dispositivos afetos à aplicação da pena, aproveitando-se do ensejo do Pacote Anticrime.

2 O NOVO ART. 75 DO CÓDIGO PENAL

A primeira tarefa, o primeiro ponto de parada dessa viagem é conhecer a alteração do art. 75 do Código Penal comum.

Como suscitado acima, a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como Pacote Anticrime, alterou profundamente do ordenamento jurídico brasileiro, inovando vários diplomas.

Entre eles, o Código Penal – Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – conheceu várias mudanças, interessando, particularmente, a nova redação do seu art. 75.

A alteração é muito simples, como se enxerga no seguinte quadro:

QUADRO COMPARATIVO DA REDAÇÃO DO ART. 75 DO CP (antes e depois da Lei n. 13.964/19)	
REDAÇÃO ANTERIOR	REDAÇÃO ATUAL
<p style="text-align: center;">Limite das penas</p> <p>Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.</p> <p>§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.</p>	<p style="text-align: center;">Limite das penas</p> <p>Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.</p> <p>§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.</p>

Houve simplesmente a mudança do limite para o tempo de cumprimento de pena privativa de liberdade, que passa a ser de 40 anos.

Com muita propriedade sobre o tema, dispõem Renee do Ó Souza e Caroline de Assis e Silva Holmes Lins (2020, p. 17):

O limite máximo legal, em alguma medida, regulamenta a proibição de penas de caráter perpétuo prevista no art. 5º, inciso XLVIII, alínea *b*, da Constituição da República. Mas é inegável o relativo conteúdo dissuasório do dispositivo que indica ao cidadão que a prática reiterada de crimes pode lhe custar uma boa parte de sua vida na prisão. Neste contexto, o teto de trinta anos, previsto desde a redação original do Código Penal vigente, que levava em conta a expectativa de vida do brasileiro na década de 30, dada a desatualização flagrante do pressuposto fático da norma, tinha perdido esse caráter inibidor da sanção penal. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, a expectativa de vida do brasileiro aumentou 41,7 anos em pouco mais de sete décadas – de 1940 para 2014, dado que indicava a necessidade de atualização do índice.

Com efeito, o que se deseja com o dispositivo é impedir que a sanção privativa de liberdade importe em consumo de toda uma vida, mas sem que esse limite, esse freio, implique em diminuição do caráter desestimulante da sanção penal. A propósito da interpretação constitucional, especialmente para os direitos e garantias fundamentais, não custa lembrar que há a imposição, pelo princípio da eficiência máxima ou máxima efetividade, de que os preceitos constitucionais sejam densificados, alcançando expansividade, com o escopo de atingir a maior eficácia possível (MARTINS, 2020, p. 402).

Embora o § 1º sugira que a pena unificada não possa passar de 40 anos – assim como o fazia a antiga redação com o patamar de 30 anos –, possibilitando a compreensão de que se refere à aplicação da sanção penal, em verdade, o parágrafo diz respeito ao *caput*, ou seja, deve ser aplicado como critério de cumprimento da pena.

Em outros termos, quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma ultrapasse os 40 anos, será procedida a unificação do cumprimento para atender a esse limite, mas não significando que o limite seja imposto para fins de cálculos, por exemplo, fracionários para o livramento condicional, progressão de regimes, remição etc., à luz do que já dispunha a Súmula 715 do Supremo Tribunal Federal: “A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução”.

Como se trata de lei penal mais gravosa, não custa lembrar o princípio de sua irretroatividade, conforme o inciso XL do art. 5º da Constituição Federal.

Mas a alteração em comento, deve-se alertar, não afeta apenas o cumprimento da pena, já que traz reflexos em outros pontos, inclusive em parágrafos fora do Direito Penal.

Como exemplo, tem-se a discussão envolvendo a medida de segurança detentiva. Malgrado haja posição firme do STJ (Súmula 527) e do STF (RE n. 640135 AgR, rel. Min. Luiz Fux – Dje 12/12/2012) no sentido de que o limite máximo de duração da medida de segurança é aquele abstratamente previsto como máxima sanção privativa de liberdade para o delito cometido, há entendimento compreendendo que esse limite deveria coincidir com o limite máximo de cumprimento de pena previsto no art. 75 do Código Penal (CUNHA, **Pacote Anticrime**, 2020, p. 24). Assim, para esta segunda corrente, o limite para a medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento passaria a ser o de 40 anos, após a Lei n. 13.964/2019.

Há, ainda, reflexo da alteração na extradição de estrangeiro.

A Lei de Migração (Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017), dispõe em seu art. 96:

Art. 96. Não será efetivada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assumo o compromisso de:

I – [...];

II – [...];

III - comutar a pena corporal, perpétua ou de morte em pena privativa de liberdade, respeitado o limite máximo de cumprimento de 30 (trinta) anos;

Obviamente, a Lei de Migração, de 2017, “conversava” com o art. 75 do Código Penal e deve ser revista, sustentando Renee do Ó Souza e Caroline de Assis e Silva Holmes Lins (2020, p. 18) ter havido sua revogação tácita, que deve ter por parâmetro, agora, o cumprimento máximo de 40 anos. Também essa a visão de Rogério Sanches Cunha (**Pacote Anticrime**, 2020, p. 25), firmando que a “entrega do extraditando para países que imponham prisão perpétua, agora, depende da comutação dessa pena para sanção privativa de liberdade que não ultrapasse 40 anos (art. 75 do CP)”.

Na linha de discussão proposta, inevitavelmente, chega-se à indagação se a alteração do Código Penal comum produz reflexos no Direito Penal Militar, ou seja, se também nas execuções da Justiça Militar haveria a alteração do limite máximo de cumprimento de pena para 40 anos.

Não se pode responder a esta indagação, sem que se lance o olhar sobre alguns dispositivos de aplicação de pena no Código Penal Militar, cotejando-os com o princípio da proporcionalidade.

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A AJUSTA RESPOSTA PENAL AO CRIME

A discussão sobre a individualização da pena, obviamente, é permeada pela ideia de proporcionalidade em três momentos: a) cominação da pena pelo legislador, quando da elaboração do tipo penal; b) fixação da pena, no caso concreto, pelo magistrado; c) execução da pena.

Assim, a proporcionalidade é ferramenta fundamental para se chegar à justa reprovação de um ilícito penal, o que lhe confere natureza de princípio a condicionar o poder punitivo do Estado.

Importante lembrar, nesta construção, que a doutrina se divide entre aqueles que compreendem o princípio da proporcionalidade como sinônimo do princípio da razoabilidade e aqueles que distinguem os dois princípios. No segundo grupo, está Flávio Martins (2019, p. 404):

Embora alguns autores (e até mesmo algumas decisões do Supremo Tribunal Federal) confundam esse princípio com a *proporcionalidade*, há diferenças substanciais, a começar pela própria origem do princípio. Trata-se de um princípio com origem na Suprema Corte norte-americana, derivado do princípio do *devido processo legal* (*due process of law*). Como lembra Daniel Sarmiento, ‘experiência paralela ocorreu nos Estados Unidos, com o desenvolvimento pela Suprema Corte do país, a partir de meados do século XIX, da ideia do devido processo legal substantivo, que pode ser associado à exigência de razoabilidade das normas e condutas estatais’

Segundo a teoria norte-americana, o *devido processo legal* teria duas modalidades: processual ou procedimental e material ou substantiva.

Enquanto o *devido processo legal processual* (*procedure due process of law*) consiste no conjunto de direitos e garantias aplicadas ao processo (contraditório, ampla defesa, devido processo legal, publicidade etc.), o *devido processo legal substantivo ou material* (*substantive due process of law*) consiste na invalidade dos atos do poder público que não seja razoáveis

[...]

[...]. Diferentemente do princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade tem origem no Tribunal Constitucional alemão, em julgado de 1971. Segundo Virgílio Afonso da Silva, ‘a regra das proporcionalidades no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão. [...] Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que serão aplicados em uma ordem predefinida, e que conferem à regra de proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência da razoabilidade.

Em outra corrente, a considerar proporcionalidade e razoabilidade como princípios idênticos, está, por exemplo, Cleber Masson (2016, p. 11), cujas lições já ajudarão a tornear o princípio sob o prisma que se deseja:

[...]: De acordo com este princípio, também conhecido como **princípio da razoabilidade** ou da **convivência das liberdades públicas**, a criação de tipos penais incriminadores deve constituir-se em **atividade vantajosa** para os membros da sociedade, eis que impõe um ônus a todos os cidadãos, decorrente da ameaça de punição que a eles acarreta. Sua origem remonta a Magna Carta do Rei João Sem Terra, de 1215. Nos moldes atuais, foi desenvolvido inicialmente na Alemanha, sob inspiração de pensamentos jusnaturalistas e iluministas, com os quais se afirmaram a ideia de que a limitação da liberdade individual só se justifica para a concretização de interesses coletivos superiores. O princípio da proporcionalidade funciona como **forte barreira impositiva de limites ao legislador**. Por corolário, a lei penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, por se tratar de intervenção excessiva na vida dos indivíduos em geral. Incide também na dosimetria da pena-base. Possui três destinatários: o **legislador (proporcionalidade abstrata)**, o **juiz da ação penal (proporcionalidade concreta)** e **os órgãos de execução penal (proporcionalidade executória)**. Modernamente, o princípio da proporcionalidade deve ser analisado sob uma dupla ótica. Inicialmente, constitui-se em **proibição do excesso**, pois é vedada a cominação e aplicação de penas em dose exagerada e desnecessária. Se não bastasse, este princípio impede a **proteção insuficiente de bens jurídicos**, pois não tolera a punição abaixo da medida correta.

Com efeito, tem-se uma primeira ideia de que o princípio da proporcionalidade – considerada pelo autor como sinônimo do princípio da razoabilidade, o que não é unanimemente aceito – está como a fornecer uma moldura à criação de tipos penais (proporcionalidade abstrata), que apenas podem ser proporcionais se efetivamente protegerem bens jurídicos de elevada estima social e, neste ponto, permeia o princípio da intervenção mínima, especificamente quando se discute o processo de criminalização de condutas sob o enfoque da **necessidade de intervenção penal**, tendo a sanção penal como único meio eficaz à tutela do bem jurídico com dignidade penal.

Claro, também assiste razão ao autor, ao vincular a proporcionalidade com a aplicação da pena, condicionando a intervenção penal pela previsão (proporcionalidade abstrata), aplicação (proporcionalidade concreta) e execução da pena (proporcionalidade executória), vedando-se o excesso.

Ao lado da vedação ao excesso, entretanto, tem-se, ainda a vedação a uma proteção deficiente, de maneira que não se pode admitir que o Estado negligencie na sua tarefa de coibir a agressão a bens jurídicos de alta relevância para o corpo social. Há uma “obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente” (CUNHA, **Manual de direito penal**, 2020, p. 496).

Encontra-se, aqui, uma vetorização em sentido duplo ou ambivalente, também se reconhecendo por não proporcional a falha de proteção de bens jurídicos, seja pela não previsão de um delito, seja pela insuficiente medida de pena (na previsão legal ou na efetiva aplicação), ou mesmo pelo fato de a execução não refletir a necessidade do binômio retribuição/ressocialização.

Nesse contexto muito bem consigna Fernando Hugo Miranda Teles¹:

Conforme mencionado acima, os princípios são mandados de otimização e orientam o Poder Público nos fins e programas a serem perseguidos. Um desses princípios é chamado de Vedação à Proteção Deficiente. Sua origem vem também do direito alemão e do Princípio da Proporcionalidade.

Prossegue o autor lembrando, com André de Carvalho Ramos, que para o Direito Penal, um dos vieses da proporcionalidade, ao lado da proibição do excesso, está na proibição da insuficiência, que afasta leis e decisões judiciais que não protejam o direito “à justiça das vítimas e o direito à segurança de todos os beneficiados pela prevenção geral da tutela penal”².

Arremata com as lições de Douglas Fischer, em seu garantismo penal integral:

Denominado de garantismo positivo (que, para nós, é indubitável ser aplicado também nas searas penal e processual penal), esse dever de proteção (no qual se inclui a segurança dos cidadãos) implica a obrigação de o Estado, nos casos em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais individuais dos cidadãos.

(...)

Ratificamos nossa compreensão no sentido de que, embora construídos por premissas diversas, o princípio da proporcionalidade (em seus dois parâmetros: o que não ultrapassar as balizas do excesso – *Übermassverbot* – e da deficiência – *Untermassverbot* – é proporcional) e a teoria do garantismo penal expressam a mesma preocupação: o equilíbrio na proteção de todos (individuais ou coletivos) os direitos e

¹ TELES, Fernando Hugo Miranda. **Tratados internacionais e competência da Justiça Militar da União**: um estudo de caso. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/77961/tratados-internacionais-e-competencia-da-justica-militar-da-uniao-um-estudo-de-caso>. Acesso em: 3 abr. 2020.

² Idem..

deveres fundamentais expressos na Carta Maior³.

A visão doutrinária, ademais, encontra eco na jurisprudência.

No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tome-se o *Habeas Corpus* n. 104.410/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2012:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDOTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIAS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIAS.

1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). 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). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). 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.

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o

³ PELELLA, E.; FISCHER, D.; CALABRICH, B. *apud* TELES, Fernando Hugo Mranda. **Tratados internacionais e competência da Justiça Militar da União: um estudo de caso.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/77961/tratados-internacionais-e-competencia-da-justica-militar-da-uniao-um-estudo-de-caso> . Acesso em: 3 abr. 2020.

legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA.

Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha direta de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA (g.n.).

Também ecoa o princípio da proporcionalidade, em sua visão ambivalente, no Superior Tribunal Militar, a exemplo da Apelação n. 0000126-24.2014.7.11.0111, rel. Min. Carlos Augusto de Sousa, j. 27/09/2018:

EMENTA: APELAÇÃO. MPM. ART. 290 DO CPM. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE POR MILITAR EM ÁREA SUJEITA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INTENSIDADE DO DOLO. DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO A QUO. CONTROLE DE LEGALIDADE E DE CONSTITUCIONALIDADE. PROPORCIONALIDADE DA REPRIMENDA. ELEVADA QUANTIDADE. VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE. APELO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

1. Incorre no delito previsto no art. 290 do CPM o militar que for surpreendido portando substância vulgarmente conhecida como maconha, mormente quando o Laudo restar positivo para Cannabis sativa L. incluindo-se o tetrahydrocannabinol (THC), listados na Portaria nº 344/98, Lista E e F2, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

2. As circunstâncias judiciais se mostrarão desfavoráveis, com aptidão para majoração da reprimenda penal em patamar acima do mínimo legal, quando o Acusado fizer ameaças aos companheiros de farda, em razão da personalidade voltada para condutas criminosas, bem como do exacerbado quantitativo da droga encontrado em seu poder - 380 g (trezentos e oitenta gramas).

3. O quantum de aumento da pena, decorrente da avaliação negativa das circunstâncias previstas no artigo 69 do Código Penal Militar, é realizado segundo a discricionariedade regrada do Juiz, após analisar todo o contexto do crime, de modo que deve ser privilegiado o seu entendimento se não for fixada a pena base em patamar nitidamente ínfimo ou, ao contrário, exacerbado, pois não há regras objetivas, critérios matemáticos, tampouco fração indicada na lei para incidir nessa fase.

4. O controle da legalidade e da constitucionalidade justifica a exasperação da pena aplicada quando estiver evidente a desproporcionalidade entre a lesão ao bem jurídico tutelado e a sua reprimenda fixada na Sentença condenatória.

5. Nesta Corte, firmou-se o entendimento de que não se pode vincular a "distribuição de entorpecente no Quartel à quantidade apreendida", porém a pena-base deve ser elevada em razão da quantidade apreendida. Nesse conspecto, o princípio da proporcionalidade,

considerado de fundamental importância pelo Poder Judiciário, impõe não só a proibição do excesso, mas também da proteção deficiente. Precedentes do STF.

6. Em que pese o devido tratamento dado por esta Justiça ao "usuário" de substância entorpecente, no tocante ao "traficante", a mesma situação não se observa. Conforme se pode observar do art. 290 do CPM, os atos de "vender, fornecer, ainda que gratuitamente" possuem o mesmo preceito secundário do "trazer consigo, ainda que para uso próprio" e demais verbos. Dessa forma, ausentes circunstâncias judiciais concretas desfavoráveis - que exasperem o próprio tipo penal -, o "traficante" será punido com o mesmo rigor do "usuário".

7. Apelo provido. Unanimidade (g.n.).

Inegável, assim, o fato de o princípio da proporcionalidade possuir essa dupla faceta, vedando o excesso, mas também exigindo uma adequada proteção da sociedade, em uma harmonia que deve ser perseguida em todos os momentos da persecução criminal. A importância do princípio da proporcionalidade, dessa forma, é exaltada, constituindo-se em fundamental ferramenta limitadora (negativa e positiva) na persecução penal.

Por fim, resta saber se o princípio da proporcionalidade possui assento constitucional e, nesse mister, propícias, novamente, as lições de Bitencourt (2010, p. 54):

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente que se observasse a *proporcionalidade* entre a gravidade do crime e a sanção a ser aplicada, *in verbis*: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito” (art. 15). No entanto, o *princípio da proporcionalidade* é uma consagração do constitucionalismo moderno (embora já fosse reclamado por Beccaria), sendo recepcionado, como acabamos de referir, pela Constituição Federal brasileira, em vários dispositivos, tais como: exigência da individualização da pena (art. 5º, XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV). [...].

Inegável, portanto, a dignidade constitucional do princípio da proporcionalidade, embora não encerrado em um único dispositivo, mas permeando – e, às vezes, fundindo-se – outros princípios como o da individualização da pena, da humanidade, da isonomia etc.

Torneado o princípio da proporcionalidade em sua “via de duas mãos”, resta verificar se os dispositivos do Código Penal Militar, na sua expressão literal, atendem à vedação ao excesso e à proteção deficiente.

4 AVALIAÇÃO CRÍTICA DOS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO PENAL MILITAR QUE TRATAM DA FIXAÇÃO DA PENA

Na avaliação da proporcionalidade na aplicação da pena em Direito Penal Militar, destacam-se, inicialmente, os arts. 58, 76, 79 e 80 do Código Penal Militar.

O art. 58 do Código Penal Militar dispõe:

Mínimos e máximos genéricos

Art. 58. O mínimo da pena de reclusão é de um ano, e o máximo de trinta anos; o mínimo da pena de detenção é de trinta dias, e o máximo de dez anos.

Não há grande polêmica no art. 58, tratando apenas de uma técnica – nada ortodoxa, ressalte-se – de fixação de limites da pena para cada delito, quando o preceito secundário não trouxer esses limites, o que se nota pela rubrica do artigo de “mínimos e máximos genéricos”, não mencionando fixação da pena, unificação e nem cumprimento.

Em outras palavras, o art. 58 do CPM distingue a reclusão da detenção pela estipulação de pena mínima e máxima, marcando a maior gravidade da primeira e dando uma ferramenta de início na aplicação da pena para o juiz (ou conselho de justiça) que será fundamental para limitar o primeiro e o segundo estágios do critério trifásico da aplicação, quando se fixa a pena-base, pelas circunstâncias judiciais (art. 69 do CPM); e a pena alterada, com a incidência das circunstâncias agravantes (arts. 70 e 53, § 2º do CPM) e atenuantes (art. 72 do CPM), momento em que os limites mínimo e máximo devem ser respeitados.

Exemplificativamente, no crime de “Desenho ou levantamento de plano ou planta de local militar ou de engenho de guerra”, do art. 147 do Código Penal Militar, a pena cominada no preceito secundário do tipo penal é de reclusão até 4 anos, não fixando, portanto, a pena mínima. Neste caso, deve-se aplicar o preceito do art. 58 para se chegar à pena mínima de 1 ano de reclusão, dando por limite, portanto, a pena de reclusão de 1 a 4 anos para esse delito.

Tranquila essa visão na doutrina.

A iniciar por Ênio Rossetto (2015, p. 124):

Nem sempre o Código Penal Militar comina pena mínima. No crime de furto simples, por exemplo, só há previsão de pena máxima de seis anos de reclusão, e o tempo de pena mínima é extraído do art. 58, no caso, um ano. O mesmo sucede com o delito de divulgação de segredo (art. 228), que tem cominada a pena de detenção até seis meses: o mínimo é de trinta dias.

Também a visão de Jorge César de Assis:

O dispositivo tem aplicação nos tipos penais em que não está prevista a pena mínima, fazendo-o somente com a pena máxima, como o furto simples, p. ex.: Pena – reclusão até seis anos – significa que o juiz não pode fixar a pena abaixo de 01 (um) ano de reclusão.

Tem-se, assim, a limitada aplicação do art. 58, que não afeta diretamente a possibilidade de, por exemplo, uma pena de reclusão ser fixada, em um caso concreto, na terceira fase de aplicação, acima de trinta anos e nem abaixo de um ano. Também não informa a execução da pena, de maneira que seus limites não são impostos a esse momento.

Pela simplicidade do art. 58 e sua limitada aplicação (direta), não há lesão à proporcionalidade, como aqui se desenhou. Nem mesmo há que se falar em uma proteção deficiente, pois não está vinculado a uma reprovação a determinado delito, o que impede o sopesar entre gravidade de determinada conduta e resposta penal atribuída.

O próximo dispositivo a ser avaliado é o art. 76 do Código Penal Militar:

Majorantes e minorantes

Art. 76. Quando a lei prevê causas especiais de aumento ou diminuição da pena, não fica o juiz adstrito aos limites da pena cominada ao crime, senão apenas aos da espécie de pena aplicável (art. 58).

As majorantes ou minorantes incidem na terceira fase do critério trifásico, ou seja, o juiz já fixou a pena-base com arrimo nas circunstâncias judiciais do art. 69 do CPM, considerou as circunstâncias agravantes do art. 72 e as circunstâncias agravantes próprias do concurso de pessoas do art. 53, § 2º do mesmo Código, assim como as atenuantes do art. 72 do Código Castrense, respeitando os limites fixados no preceito secundário dos tipos penais que, às vezes, são complementados pelo art. 58 do CPM.

Agora, nas majorantes e minorantes, o magistrado não terá mais a amarra dos limites do preceito secundário, ou não teria, pois surge a indevida menção ao art. 58 do CPM, aplicado indiretamente. Pior, na péssima redação do art. 76, há ainda a menção de que elas são causas apenas especiais, afastando as causas gerais de aumento ou diminuição de pena.

Inicie-se a crítica por esta última impropriedade.

Referir-se apenas a causas especiais e não às causas gerais de aumento ou diminuição de pena fere o próprio conceito de majorantes e minorantes. Muito bem leciona Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 671):

Além das agravantes e atenuantes, há outras causas modificativas da pena que o Código denomina *causas de aumento e de diminuição*, também conhecidas como *majorantes e minorantes*. As majorantes e as minorantes são fatores de aumento ou redução da pena, estabelecidos em quantidades fixas (ex.: metade, dobro, triplo, um terço) ou variáveis (ex.: um a dois terços).

[...].

Por outro lado, as majorantes e as minorantes também não se confundem com as agravantes, e as atenuantes genéricas apresentam diferenças fundamentais em, pelo menos, três níveis distintos, a saber:

a) *Em relação à colocação no Código Penal:*

1) As agravantes e as atenuantes genéricas localizam-se somente na Parte Geral do Código Penal (arts. 61, 62, 65 e 66). 2) As majorantes e as minorantes situam-se tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial, sendo que delas situam-se nos próprios tipos penais.

[...] (g.n.).

Evidentemente, as majorantes e minorantes não podem se limitar à Parte Especial do Código, mas isso não apenas em função das lições doutrinárias, aqui exemplificadas por Bitencourt – que, aliás, referem-se ao Código Penal comum –, mas também em função da necessária observância ao princípio da proporcionalidade, o que se esclarece com um exemplo de minorante, que, certamente, não encontrará resistência por encerrar a vedação ao excesso.

No caso da tentativa, o Código Penal Militar possibilita a punição do fato com a pena correspondente ao crime, diminuída de um a dois terços, embora também possua a discutível previsão de que o juiz, no caso de excepcional gravidade, poderá aplicar a pena do crime consumado (art. 30, parágrafo único, CPM), em sinal de adoção da teoria subjetivo-objetiva a fundamentar a punição da tentativa (NUCCI, 2013, p. 67-8).

Não considerar a tentativa como uma minorante, apenas por estar na Parte Geral do Código Penal Militar, como indica a literalidade do art. 76, é negar a possibilidade de ela permitir, em terceira fase, a aplicação final da pena aquém do limite mínimo fixado no preceito secundário do tipo penal, o que se mostra excessivo, portanto, desproporcional.

Assim, em um crime de furto tentado, em que a primeira e a segunda fases resultassem na fixação da pena mínima, pela aplicação literal do art. 76, não se poderia falar em minorante e a pena definitiva não poderia ficar abaixo de um ano de reclusão, em evidente excesso na resposta penal e, claro, afronta à individualização da pena e à isonomia, como já se sustentou alhures⁴.

A outra impropriedade no art. 76 está justamente na assimilação dos limites do art. 58 do CPM para condicionar a influência das majorantes e minorantes, o que se extrai do trecho “senão apenas aos da espécie de pena aplicável (art. 58)”.

Pela literalidade, portanto, ao fixar a pena final, definitiva, o juiz (ou conselho de justiça) não poderia aplicar reclusão aquém de um ano e nem além de trinta anos, como também não poderia aplicar detenção aquém de trinta dias e nem além de dez anos.

Aproveitando o mesmo exemplo da tentativa, em um homicídio simples, na forma tentada, considerando a pena fixada no preceito secundário (reclusão de seis a vinte anos), a pena-base e a pena alterada não poderiam ficar abaixo de seis anos de reclusão, mas também – ainda que se admitisse que o art. 76 abarca as causas de diminuição de pena da Parte Geral, discussão acima travada –, aplicando-se a primeira parte do parágrafo único do art. 30 em

⁴ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Terceira fase da aplicação da pena privativa de liberdade e a inconstitucionalidade dos limites impostos pela parte final do art. 76 do Código Penal Militar. **Revista Justiça Militar & Memória**: Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, ano 7, n. 9, p. 47-54, ago. 2015. Disponível em: <https://www.tjms.jus.br/public/conteudo/projeto_memoria/revista/Revista7/Default.html>.

conjugação com a parte final do art. 76, não poderia o juiz (ou conselho de justiça), numa tentativa incruenta, reduzir a pena em dois terços e chegar à pena final de dois anos de reclusão.

Em outro exemplo, agora evidenciando o déficit de proteção (proteção deficiente) que essa regra pode conduzir, no crime de violência contra superior com resultado morte (art. 157, § 4º, do CPM), imagine-se que, por mais improvável que possa ser, a pena-base e alterada conduziram a um *quantum* de 30 anos de reclusão, mas ainda seja necessário, em terceira fase, o acréscimo fracionário de um sexto, pelo fato de o crime ter sido praticado em serviço (art. 157, § 5º, do CPM). Neste caso, o juiz (ou conselho de justiça) estaria limitado aos 30 anos, por força da parte final do art. 76 do CPM.

Evidente a lesão ao princípio da proporcionalidade.

Melhor sorte não teve o dispositivo que trata do concurso de crimes, no art. 79 do CPM:

Concurso de crimes

Art. 79. Quando o agente, mediante uma só ou mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, as penas privativas de liberdade devem ser unificadas. Se as penas são da mesma espécie, a pena única é a soma de todas; se, de espécies diferentes, a pena única é a mais grave, mas com aumento correspondente à metade do tempo das menos graves, ressalvado o disposto no art. 58.

Mais uma vez, a referência imprópria ao art. 58 confunde e, pior, leva à regra desproporcional.

Em um caso, por exemplo, de homicídios em concurso de crimes, em que um militar mata dolosamente três outros militares, colocando uma bomba na viatura que sairá no dia seguinte, fato de que o autor tem ciência por escala de serviço em que a guarnição estava vinculada à viatura, portanto o agente sabia e queria matar o trio, a pena dessa condenação deverá ser única. Essa pena unificada, pela regra da primeira parte do art. 79 do Código Penal Militar, será fruto da soma dos três homicídios (cúmulo material), ou seja, como houve o emprego de explosivo qualificando o delito (art. 205, § 2º, III, do CPM), ainda que atribuindo a pena mínima a cada delito (doze anos), a unificação alcançaria o total de trinta e seis anos de reclusão.

Entretanto, vem a parte final do art. 79 e surpreende com a absurda restrição do art. 58 (“ressalvado o disposto no art. 58”), o que levaria a pena única a ficar no limite de trinta anos de reclusão.

Caso o exemplo não tenha comovido no sentido de evidenciar o déficit de proteção, imagine-se, então, que a bomba tenha sido colocada em um ônibus que, no dia seguinte, levaria 45 militares a um desfile em comemoração ao Dia da Independência.

Evidente que a fixação da pena neste caso não pode conhecer os limites do art. 58 do Código Penal Militar, havendo clara agressão à proporcionalidade.

Na modalidade de crime continuado, por fim, a regra – e também a crítica – é a mesma, pois o art. 80 do CPM, ao tratar do crime continuado, utiliza a mesma unificação de pena do art. 79. Ademais, há corrente que entende aplicável a regra do Código Penal comum. Nesse sentido, Alves-Marreiros, Rocha e Freitas dispõem (2015, p. 912):

Diferentemente do Código Penal brasileiro que acolhe o critério da exasperação nos casos de continuidade delitiva, o Código Penal Militar vale-se do critério do cúmulo material, concedendo, assim, ao crime continuado, o mesmo tratamento destinado aos concursos material e formal de crimes. Tal orientação legal, porém, sempre se deparou com forte resistência da parte do Superior Tribunal Militar. Este tribunal, muito embora com fundamentos diversos, tem repellido ao longo dos anos a aplicação do art. 80 do CPM no que diz respeito ao crime continuado, optando por basear-se no art. 71 do CP comum, a despeito do princípio da especialidade [...].

Os dispositivos acima indicados não tratam, evidentemente, de regra de cumprimento da pena (execução), mas de regra de aplicação da pena, quando da sessão de julgamento.

Claramente, entretanto, tendo por patamar máximo de aplicação de pena o de 30 anos de reclusão, obviamente, o cumprimento da pena nunca será superior a esse tempo. A reboque, os benefícios possíveis na execução penal, especialmente o livramento condicional e progressão de regimes – este, frise-se, aplicado na Justiça Militar da União por construção jurisprudencial e que também sofreu alteração no Direito Penal comum pela nova redação que o Pacote Anticrime deu ao art. 112 da Lei de Execução Penal, abordagem que merece trabalho apartado – serão calculados em relação ao limite máximo encerrado pelo art. 58 do Código Penal Militar, em uma nova afronta à proporcionalidade, desta vez na execução da pena, como verdadeiro ricochete da primeira afronta.

Diante do exposto, até este ponto, conclusão outra não há, senão a necessidade de se reconhecer a não recepção da parte final dos arts. 76 e 79 do Código Penal Militar – com reflexo no art. 80 do mesmo Código –, à luz do princípio da proporcionalidade – que possui assento constitucional, repise-se –, não se aplicando, em consequência, o limite do art. 58 na terceira fase de aplicação da pena, quando da incidência das majorantes e minorantes; e na unificação da pena no concurso de crimes, material e formal, e no crime continuado.

A pena atribuída ao crime, em nome da proporcionalidade, poderá ficar aquém ou além dos limites mínimo e máximo, e os benefícios de execução serão calculados com o parâmetro dessa pena aplicada. Neste ponto, o juiz (ou Conselho de Justiça) sairá da moldura legal, em nome da proporcionalidade, aliás, na linha do que lembra Paulo Bonavides. O autor (2019, p.

407-8), identificando uma nova conformação do Estado de Direito – em oposição a uma ultrapassada concepção de mera vinculação ao princípio da legalidade, cujo apogeu foi o direito positivo da Constituição Weimar –, segundo a qual o princípio da constitucionalidade tornou o respeito aos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica, indica que o princípio da proporcionalidade “produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes”.

Guarde-se, todavia, que não se discutiu, ainda, o limite para o cumprimento da pena, bem como não se enfrentou se a alteração do Pacote Anticrime trouxe reflexos ao Direito Penal Militar, o que ocorrerá na sequência.

5 O ART. 81 DO CÓDIGO PENAL MILITAR E ART. 75 DO CÓDIGO PENAL COMUM

O Código Penal Militar possui dispositivo que trata do limite de cumprimento da pena?

Esta deve ser a primeira indagação.

A responder essa questão, entra-se no polêmico art. 81 do CPM, com a regra, pela rubrica, limitadora da pena unificada:

Limite da pena unificada

Art. 81. A pena unificada não pode ultrapassar de trinta anos, se é de reclusão, ou de quinze anos, se é de detenção.

Eis mais uma péssima redação da lei penal militar!

Note-se que, diferentemente do que se tem no Código Penal comum, no já transcrito art. 75, o dispositivo do Código Castrense não menciona cumprimento da pena privativa de liberdade, mas “limite da pena unificada”, na rubrica, quando melhor seria “limite de cumprimento da pena unificada”.

Entretanto, prevalece a compreensão de que o art. 81 diz respeito à execução penal e não à fixação da pena. Nessa linha está, por exemplo, Ênio Rossetto (2015, p. 388):

A unificação em 30 anos é apenas para efeito de cumprimento de pena. A CF impede a pena de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, *b*). A pena privativa de liberdade é por tempo determinado. Para a concessão de benefícios legais é levada em conta a pena total aplicada ao condenado. [...].

Segue a mesma linha Jorge César de Assis (2017, p. 352), ao comentar o artigo em análise, sustentando que ele se aplica na fase de execução penal, não no momento da

condenação, por exemplo, no concurso de crimes ou no crime continuado. Para o autor:

Há um pressuposto lógico de diversidade de processos, antes do início ou durante o cumprimento da pena, cabendo ao juiz encarregado da execução a unificação das penas (CPPM, art. 588). Exemplos:

a) O militar comete dois crimes de homicídio qualificado, sendo condenado respectivamente, a pena de 18 e 23 anos de reclusão, antes do início da execução. Assim, o total das penas importará em 41 anos de reclusão, que serão unificadas, para serem cumpridas em 30 anos.

b) Suponha agora que o militar tivesse cometido dois crimes de homicídio simples, excluído o concurso e a continuidade delitiva, sendo condenado respectivamente a 07 e 10 anos de reclusão. A pena unificada será de 17 anos.

c) O militar comete dois crimes de embriaguez em serviço, sendo condenado em cada caso, a dois anos de detenção. Ainda antes do início do cumprimento da pena, comete incêndio culposo, sendo condenado a mais dois anos de detenção. A pena unificada será de 06 anos de detenção.

d) Se o militar já estiver cumprindo pena de trinta anos de reclusão, vem a cometer novo delito, sendo outra vez condenado, o restante da pena anterior deve ser acrescido à nova pena, de forma a não ultrapassar os trinta anos. Se, dos trinta anos já houvesse cumprido vinte e, se condenado novamente a vinte anos, teria que cumprir a segunda pena de forma integral: $30-20=10+20=30$. Idêntico raciocínio se faz em relação às penas de detenção.

Embora coerente a visão dos autores, não há evidência clara de que o art. 81 não se aplique no momento da condenação à pena privativa de liberdade, restringindo-se ao momento da execução da pena, mas, ao contrário, é possível inferir que ele está a abarcar a aplicação da pena, já que o seu § 1º se refere expressamente ao crime continuado, o que resgata o instante da condenação.

Há um ponto, entretanto, do qual se pode extrair que o art. 81 diz respeito ao cumprimento da pena, embora ainda obscuro, dando respaldo aos autores citados. Ele está na distinção do limite máximo de pena de detenção do art. 58 – replicado na aplicação da pena, como se viu – do limite máximo da detenção aqui, no art. 81. No art. 58, o limite máximo é de 10 anos, enquanto no art. 81 é fixado em 15 anos. Isso leva à conclusão de que os artigos não tratam do mesmo momento, ou não poderiam divergir, sob pena de uma regra invalidar a outra.

Assim, tem-se por premissa que os já discutidos arts. 76 e 79 – e, por arrasto, o art. 80 – são utilizados no momento da aplicação da pena, enquanto o art. 81, embora não deixe claro, aplica-se como limite de cumprimento de pena.

Surge aqui, portanto, a disparidade entre Código Penal Militar e Código Penal comum, que se evidencia no quadro seguinte:

QUADRO COMPARATIVO DO LIMITE DE CUMPRIMENTO DE PENA	
COM	CP
<p style="text-align: center;">Limite da pena unificada</p> <p>Art. 81. A pena unificada não pode ultrapassar de trinta anos, se é de reclusão, ou de quinze anos, se é de detenção.</p>	<p style="text-align: center;">Limite das penas</p> <p>Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.</p> <p>§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.</p>

Além da distinção do tempo máximo, forçoso destacar que no Código Penal Militar, diferentemente do Código Penal comum, há a distribuição pela qualidade de pena, distinguindo-se um tempo para a reclusão (30 anos) e outro para a detenção (15 anos).

Embora seja o exemplo de difícil concepção, imaginando que um condenado a vários crimes à pena de detenção tenha, na pena unificada a ser cumprida, 20 anos. No Direito Penal comum seria possível cumprir os 20 anos, pois o limite é de 40 anos de pena privativa de liberdade (não importando se reclusão ou detenção); no Direito Penal Militar, cumpriria apenas 15 anos, limite máximo para o cumprimento da pena de detenção.

Mas, voltando à discussão sobre a influência do novo art. 75 do CP, é possível vislumbrar três posições:

- a) especialidade do Direito Castrense com limite de 45 anos de cumprimento de pena;
- b) especialidade do Direito Castrense com a manutenção dos limites do art. 81;
- c) revogação tácita do art. 81 do CPM pelo art. 75 do CP.

Na primeira corrente, a base é o raciocínio de Jorge César de Assis (2017, p. 353):

Há que se considerar, entretanto, que o Código de Processo Penal Militar trata a matéria de forma mais severa que a legislação comum, visto que enquanto o Código Penal

comum estabelece em seu art. 75, *caput*, que o ‘tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos (incluindo na unificação tanto a reclusão como a detenção), o código castrense trata, no art. 81, as espécies de reclusão e detenção de forma distinta, estabelecendo limites de 30 e 15 anos na execução, o que permite um total de 45 anos para o cumprimento de penas privativas de liberdade, visto que de acordo com o art. 599 do Código de Processo Penal Militar, se impostas penas privativas de liberdade, será executada primeiro a de reclusão e depois a de detenção”.

O limite de cumprimento de pena, assim, seria o de 45 anos, mas respeitadas as qualidades da pena, ou seja, não seria possível, ainda assim, o cumprimento de reclusão de 40 anos, limitada que está pelo art. 81 aos 30 anos.

A segunda posição, mais simples de explicar, parte do pressuposto de que o legislador tem suas opções de política criminal em cada sistema de repressão, sendo evidente que, ao não alterar o art. 81 do Código Penal Militar, não trouxe a possibilidade de cumprimento de pena por até 40 anos.

Por fim, qual ocorreu com a Lei de Migração, surgirá a vertente de que a Lei n. 13.964/19, ao alterar o art. 75 do CP, revogou tacitamente o art. 81 do Código Penal Militar, permitido que as penas privativas de liberdade sejam cumpridas até o limite máximo de 40 anos, sem distinção de reclusão ou detenção.

Avaliando as três possibilidades, de pronto, afasta-se a revogação tácita do art. 81 do CPM pela Lei n. 13.964/2019. Embora sedutora, essa possibilidade não encontra respaldo nos postulados do Direito Penal contemporâneo, bastando enumerar dois principais: a especialidade e a vedação à analogia *in malam partem*.

No primeiro caso, é evidente a especialidade do Direito Penal Militar em relação ao Direito Penal comum, pois, desde 1969, a distribuição do limite de cumprimento de pena está atrelada à qualidade de pena, o que não ocorre no Código Penal comum. Assim, especial é a previsão do Código Penal Militar, prevalecendo diante da nova redação do art. 75 do CP.

Não é novidade a prevalência da norma penal militar em relação à comum, em homenagem ao princípio da especialidade, malgrado existam exceções.

No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, há a visão corrente sobre o choque do art. 290 do CPM com a Lei n. 11.343/2006, no sentido da prevalência da lei castrense, desde o paradigmático Habeas Corpus n. 103.684/DF, com relatoria do Ministro Ayres Britto, julgado em 21/10/2010, o que se reverbera até a presente data. Em outros temas também há a visão corrente pela especialidade, inclusive no que concerne às penas, como se verifica no seguinte julgado:

PROCESSUAL PENAL MILITAR. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. ESTADO DE NECESSIDADE. REEXAME DE FATOS E

PROVAS. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO COMUM. IMPOSSIBILIDADE.

1. As instâncias de origem, soberanas na análise da prova, afastaram a alegação de que o paciente teria agido em estado de necessidade. Nessas condições, eventual acolhimento da pretensão defensiva demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que não é possível na via processualmente restrita do habeas corpus.

2. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de, na hipótese de crime de competência da justiça militar, somente a falta de um regramento específico em sentido contrário é que possibilitaria a aplicação da legislação comum”, dada a impossibilidade de se mesclar o regime processual penal comum e o regime processual penal especificamente militar, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles, pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis” (HC 105.925, Rel. Min. Ayres Britto). Caso em que a existência de regramento específico no âmbito da legislação militar (art. 59 do CPM) impossibilita o acolhimento da tese veiculada na impetração.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, 1ª Turma, AgR HC n. 158.263/PA, rel. Min. Roberto Barroso, j. 06/11/2018) (g.n.).

Assim, apenas quando não houver regramento próprio no Código Penal Militar – seja pela pura omissão ou pela evidente inconstitucionalidade do dispositivo existente – é que se deve buscar a norma de Direito Penal comum a integrar o Direito Castrense.

O outro evidente limite à tese da revogação tácita está na vedação à analogia *in malam partem*.

A analogia consiste em um processo de integração da lei penal no qual há a criação de uma norma penal onde, originariamente, não existe – frise-se, que não é o caso da discussão em curso, por existir o art. 81 do COM –, isso com base em uma previsão análoga do próprio sistema em curso, ou de um sistema exógeno, podendo até mesmo ser estrangeiro. A analogia, como se sabe, não pode ser admitida *in malam partem*, mas apenas *in bonam partem*, ou seja, não se deve utilizar da analogia para piorar a situação do imputado, investigado, indiciado, réu ou condenado.

Assim, elevar o cumprimento de pena para 40 anos no Código Penal Militar, com base no art. 75 do COM, não é possível, seja pela observância à especialidade, ao se considerar que o art. 81 possui regra própria, seja – em não se considerando o art. 81 como regra de cumprimento de pena – por vedação à analogia *in malam partem*.

Restam, assim, as duas correntes que prestigiam o Direito Castrense.

A visão suscitada por Jorge César de Assis não parece adequada, com o devido respeito.

Em primeiro lugar, o art. 599 do Código de Processo Penal Militar não está a cancelar, com seu texto, o tempo de cumprimento de 45 anos, mas apenas atribui uma ordem de cumprimento das penas, que deve ser iniciada pela mais rígida. Em segundo lugar, mas não menos importante, o limite de cumprimento trata de norma de direito material e não processual, devendo prevalecer, em eventual choque, a norma que encerra um direito público subjetivo do

condenado, ou seja, o art. 81 do Código Penal Militar.

Como argumento adicional, embora o art. 75 do CP não tenha revogado o CPM, parece correto entender que ele estabeleceu uma nova realidade no Direito Penal brasileiro como um todo, qual seja, a de fixar um limite máximo de pena no Brasil sem que isso importe em similar pena de caráter perpétuo. Resgatando as lições de Renee do Ó Souza e Caroline de Assis e Silva Holmes Lins (2020, p. 17), se o limite máximo legal, em alguma medida, regulamenta a proibição de penas de caráter perpétuo, prevista no art. 5º, inciso XLVIII, alínea *b*, da Constituição da República, diante do aumento de expectativa de vida do brasileiro, é coerente entender que esse limite informa a todo o direito penal como limite máximo possível a ser previsto pelas normas de Direito Penal em geral, consagrando-se, aqui, um efeito expansivo na tutela do direito na não perecer no cárcere por toda uma vida, em homenagem ao princípio da máxima efetividade.

Tem-se, assim, que a lei penal brasileira, ainda que especial, como o é o Código Penal Militar, poderá fixar, por questões de política criminal, entre outras, limite de cumprimento de pena aquém de 40 anos, mas nunca além desse parâmetro.

Assim, embora o peso da pena de quem a defende, descarta-se a possibilidade de tempo máximo de cumprimento de pena em 45 anos no Direito Militar.

Todo esse giro conduz, então, à visão que exalta a manutenção da regra específica do art. 81 do Código Penal Militar, podendo-se afirmar, que o tempo máximo de cumprimento de pena na execução penal militar é de 30 anos para reclusão e de 15 anos para detenção. O novo art. 75 do Código Penal comum não alterou a realidade do Direito Castrense, senão para servir de parâmetro para futura alteração; isso, frise-se, não só no Direito Penal Militar, mas no Direito Penal brasileiro.

Mas há que se fazer uma observação prática sobre esta discussão, em dois lances.

Primeiro, raríssimas são as condenações na Justiça Militar, especialmente da União, que ultrapassem 30 anos de reclusão ou 10 de detenção, daí surgindo, talvez, o pouca reflexão sobre o tema.

Segundo, no Direito Militar o cumprimento da pena do civil – obviamente na Justiça Militar da União – ocorre em estabelecimento penal comum, nos termos do art. 62 do Código Penal Militar, o que possibilita, ao menos em tese, que o juiz da execução criminal – na Justiça Comum – siga a regra do art. 75 do CP, em eventual unificação de pena. O mesmo pode acontecer com o ex-militar que tenha a execução da pena já como civil, em função da perda da condição de militar por qualquer via, como o licenciamento.

6 CONCLUSÃO

A aplicação da pena e sua execução são estágios sensíveis da persecução criminal, em que se deve ter em conta a proporcionalidade da resposta penal, de modo a constituí-la em adequada, sem configurar excesso ou déficit de proteção.

Nesse caminho, os dispositivos do Código Penal Militar que tratam da aplicação da pena, especialmente os arts. 76 e 79, ao vincularem o magistrado aos limites do art. 58 do mesmo Código, importam em uma amarra que fará com que a sentença, muitas vezes avilte o princípio da proporcionalidade, seja fomentando o excesso – como no caso da tentativa –, seja importando em resposta insuficiente à gravidade do delito – como no caso da unificação da pena no concurso de crimes.

Esses dispositivos, em conclusão, foram recepcionados em parte pela Constituição Federal – afastando-se os limites do art. 58 do CPM –, à luz do princípio da proporcionalidade, que reflete outros vetores de suma importância, como o princípio da individualização da pena e da isonomia, e, até mesmo, o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana.

Em outro caminho, tem-se que o Código Penal Militar possui regra própria para o cumprimento da pena em seu art. 81, de maneira que a nova redação do art. 75 do Código Penal comum não importou em revogação da norma penal militar. Assim, o limite para o cumprimento da pena de reclusão continua a ser de 30 anos e de detenção 15 anos.

O único efeito enxergado, no novo art. 75 do CP, é de constituir um parâmetro regulatório para a vedação à pena de caráter perpétuo no Direito Penal brasileiro, o que inclui o Direito Penal Militar, valendo dizer que, em eventual futura alteração do Código Penal Militar, o limite de cumprimento de pena privativa de liberdade deverá ser, no máximo, de 40 anos.

Estas impressões, obviamente, não estão imunes a críticas que, inclusive, serão muito bem-vindas, com o fito de aprimorar o raciocínio e fazer com que o Direito Castrense seja cada vez mais fiel ao seu propósito de tutelar os bens jurídicos mais caros aos indivíduos que integram as Instituições Militares, a essas Instituições, à Justiça Militar e ao Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar: Teoria Crítica & Prática*. São Paulo: Método, 2015.

- ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar*. Curitiba: Juruá, 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. Salvador: Jus Podivm, 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*. Salvador: Jus Podivm, 2020.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. São Paulo: Forense, 2004.
- MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2008, v. 1.
- NEVES, Cícero Robson Coimbra. Terceira fase da aplicação da pena privativa de liberdade e a inconstitucionalidade dos limites impostos pela parte final do art. 76 do Código Penal Militar. *Revista Justiça Militar & Memória: Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul*, ano 7, n. 9, p. 47-54, ago. 2015. Disponível em: <https://www.tjmrs.jus.br/public/conteudo/projeto_memoria/revista/Revista7/Default.html>
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar comentado*. São Paulo: RT, 2013.
- ROSSETTO, Ênio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. São Paulo: RT, 2015.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- SOUZA, Renee do Ó; LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. A Lei 13.964/2019 e as modificações no Código Penal. *Lei Anticrime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- STREIFINGER, Marcello. O Tribunal do Júri na Justiça Militar do Estado. *Direito militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

TELES, Fernando Hugo Miranda. *Tratados internacionais e competência da Justiça Militar da União: um estudo de caso*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77961/tratados-internacionais-e-competencia-da-justica-militar-da-uniao-um-estudo-de-caso> . Acesso em: 3 abr. 2020.

A tortura dos números prisionais

Bruno Carpes

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.
Membro do Núcleo de Pesquisa e Análise da Criminalidade da Escola de Altos Estudos
em Ciências Criminais.

1 NÚMEROS REDONDOS SÃO SEMPRE FALSOS

“Números redondos são sempre falsos”, alertava o escritor inglês Samuel Johnson. Nos últimos anos, mídia engajada, ativistas e setores da academia jurídica têm repetido à exaustão que o Brasil possui um “sistema punitivista e encarcerador em massa”. De forma a referendar suas convicções, buscam citar os números do relatório Infopen. O primeiro, divulgado pelo Ministério da Justiça em dezembro de 2014, revelava a existência de aproximadamente 622.000 presos nas cadeias brasileiras. Essa estatística alavancava o país, segundo o próprio relatório, ao 4º lugar mundial¹ em população carcerária em números absolutos, não obstante a posição brasileira de 5ª maior população mundial², suspeitosamente omitida.

Em primeiro estudo, realizado conjuntamente com Promotores de Justiça de Minas Gerais, entre eles Renato Teixeira Rezende, apresentado no I Congresso Brasileiro da Escola de Altos Estudos em Ciências Criminais, realizou-se análise comparativa detalhada entre os números divulgados em 2014 pelo relatório Infopen e as estatísticas divulgadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em 2016, em seu Relatório do Sistema Prisional Brasileiro.

Já em um primeiro passar de olhos, causou surpresa a gritante incongruência dos números prisionais. Inicialmente, em relação à própria população carcerária: enquanto o órgão federal informava 622.202 presos³, o CNMP, no ano seguinte, informava 557.310 presos⁴. A explicação

¹ Fonte: Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça. Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN, Dez. 2014, p. 2 (Quadro 2, item 2)

² Disponível em: <http://www.mundodageografia.com.br/os-10-paises-mais-populosos-mundo/> Acesso em: 19. jul. 2017

³ Fonte: Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça. Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN, Dez. 2014, p. 6, (s/ destaques no original).

quanto à grande diferença, em parte atenuada pelo número de presos em delegacia não contabilizados pelo CNMP (37.444), poderia estar no interesse dos estados brasileiros em inflacionar sua população carcerária, a fim de possibilitar maiores repasses do FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional), uma vez que são os entes federados que informam os dados. Enquanto isso, os números do CNMP foram (e continuam sendo) recolhidos pelos membros do Ministério Público encarregados pela fiscalização mensal dos estabelecimentos prisionais.

A seguir, a fim de cotejar os índices de presos com os demais países, em consulta ao sítio eletrônico que busca realizar comparativo global prisional (prisonstudies.org), foi possível constatar que no referido relatório o Ministério da Justiça buscou alavancar a posição brasileira no comparativo, tendo desrespeitado os critérios adotados pelo instituto internacional. Isto é, não observou que o estudo global corretamente considera como preso somente aquele que se encontra em regime integralmente fechado; e como preso provisório somente aquele que se encontra aguardando julgamento.

Por conseguinte, conforme o relatório do CNMP (o último relatório do órgão executivo federal não informa o número de presos por regime), o Brasil possuía 456.108 presos – dentre provisórios e no regime fechado, e não 622.202. Essa brutal diferença influencia diretamente na taxa de encarceramento brasileiro (número de presos a cada cem mil habitantes).

Assim, adotando-se o justo critério considerado pelos demais países, o Brasil passaria a configurar, à época, segundo o comparativo global⁵, na 60ª posição mundial e na 8ª posição da América do Sul (13 países), com 224 presos a cada 100.000 habitantes. Dessa forma, o país com maior número de homicídios no mundo e que alcançou a marca de aproximadamente um milhão de roubos registrados, conforme levantamento realizado em 2011 (parou-se inexplicavelmente a contagem), encontrava-se próximo da taxa europeia, de 192 presos para cada 100.000 habitantes. Frise-se que no ano de 2016, divulgou-se o número total de roubos registrados somente nas capitais, quando alcançou a marca de 1.726.757⁶.

Disponível em: <http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>, Acesso em 18. jul. 2017

⁴ Fonte: “A Visão do Ministério Público sobre o Sistema prisional brasileiro - Cômputo Nacional”. Quadro 4, p. 44. Acesso em 18. jul. 2017

⁵ https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All

⁶ <http://www.forumseguranca.org.br/atividades/anuario/> - ver anuários da segurança pública de 2012 e 2017. Acesso em dezembro de 2017.

Após, no dia 8 de dezembro de 2017, o Ministério da Justiça publicou novo relatório do Infopen⁷, a fim de divulgar o número de presos no ano de 2016. Primeiramente, o Infopen anunciava um total de 726.712 presos em junho de 2016. Novamente, não é explicado que neste total computaram-se apenas dos regimes semiaberto e aberto, que somam 153.703 pessoas. Por conseguinte, o verdadeiro número de presos totalizaria 573.009 pessoas, aquelas sem contato com o mundo externo.

Todavia, estes não eram os números apontados pelo CNMP e pelo CNJ. À época, era possível verificar em tempo real o número de presos no Brasil através do sistema Geopresídios⁸, que coletava dados junto aos juízes. Eis a surpresa, segundo o CNJ, em acesso na mesma data da divulgação do Infopen, o Brasil possuía, no ano de 2017, 666.568 apenados, ou seja, 60.144 a menos. Quanto ao número de efetivamente presos, o CNJ apontava 546.390 pessoas.

Ainda, os números informados em relação ao ano de 2015 divergiam de forma assustadora com os últimos dados divulgados pelo Conselho Nacional do Ministério Público⁹. Enquanto o Executivo Federal referia que o país detinha 698.618 presos, o CNMP informava o número de 557.310, totalizando uma diferença inexplicável de 141.308 apenados. Para o CNMP, o Brasil detinha 456.108 presos efetivos. Ressalva-se que o CNMP não computou os 35.463 presos em Delegacia apontados pelo Ministério da Justiça, que, por óbvio, também podem estar inflacionados.

As minhas críticas, inauguradas em 2017, quanto ao total desencontro entre os dados divulgados pelo Conselho Nacional do Ministério Público (com dados divulgados até 2015), pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Ministério da Justiça (o que dificulta sobremaneira uma análise criteriosa a respeito dos números prisionais), ficaram mais expostas quando a nova gestão do Ministério da Justiça emitiu seus dois primeiros relatórios sobre os dados prisionais brasileiros, os quais se referem a dezembro de 2016 e junho de 2017¹⁰.

Não obstante a evolução metodológica e a maior clareza na coleta de dados, mediante especificação dos critérios adotados, persistiu-se no erro de tratar como “preso” todo o apenado vinculado aos regimes semiaberto (praticamente falido) e aberto (este praticamente inexistente).

⁷ <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/Infopenjun2016.pdf>. Acesso em dezembro de 2017.

⁸ http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em dezembro de 2017.

⁹ <http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/9948-a-visao-do-ministerio-publico-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro-2016>

¹⁰ <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em setembro de 2019.

O total desencontro entre os dados divulgados pelo Conselho Nacional do Ministério Público (com dados divulgados até 2015), pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Ministério da Justiça mantém-se dificultando sobremaneira uma análise criteriosa a respeito dos números prisionais. Ademais, o que chamou à atenção no último relatório Infopen é o desencontro entre os relatórios anteriores e os da nova gestão do Ministério da Justiça, vale dizer, a contradição manifesta entre dois documentos oriundos do mesmo órgão federal.

O novo relatório, publicado em agosto de 2019, confirmou o que denunciávamos em 2017: a utilização do expediente de diminuir o número de vagas do sistema prisional para inflar artificialmente as taxas de uma superlotação em si mesma preocupante, a fim de sensibilizar o público em geral e a classe política em particular para que aderissem à agenda do desencarceramento em massa. No intervalo de um semestre, surgiram, *ex nihilo*, quase 100 mil vagas, diminuindo-se em 35% o índice de superlotação nacional. Tal diferença já era perceptível anteriormente quando comparados os números do CNMP e do CNJ, mas, dessa vez, o mea-culpa realizado pelo próprio Ministério é um avanço que merece ser saudado.

Outro fato curioso é de que entre junho e dezembro de 2016 houve diminuição do número total de apenados no país e, se comparado o período de um ano (até junho de 2017), o número se manteve estável, ao contrário do crescimento médio dos anos anteriores. Contudo, não se verificou, nos registros do mesmo período, diminuição no número de crimes perpetrados, o que poderia justificar tal estabilização. Sobram três hipóteses: ou o Poder Judiciário, em média, diminuiu o número de decretos prisionais, ou a Polícia efetivou menos prisões, ou a nova gestão do Ministério da Justiça apurou erro nos números anteriormente divulgados.

O relatório da nova gestão, como requeríamos, passou a tratar os demais apenados como sentenciados, e não mais como presos definitivos. Assim, os números trazidos a respeito de cada regime prisional e de prisões provisórias permitiram a verificação do número de pessoas realmente encarceradas, isto é, aquelas que se encontram sentenciadas em regime fechado e aguardando julgamento. Somam-se 558.275 pessoas presas, gerando a taxa de 267 pessoas presas para cada 100.000 habitantes, deixando o país com maior número de assassinatos e crimes violentos do planeta na 44ª posição no mundo e na 6ª posição entre os 13 países da violenta América do Sul, conforme comparativo global já citado¹¹.

¹¹ Conforme a taxa de encarceramento referente aos presos de fechado e provisórios, As posições foram retiradas do site: ¹http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/pre-trial-detainees?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em setembro de 2019.

2 O BAIXÍSSIMO NÚMERO DE PRESOS PROVISÓRIOS

Ab initio, voltemos aos primeiros relatórios citados (Infopen e CNMP de 2014). Ambos os relatórios consideravam presos provisórios todos aqueles sem julgamento transitado em julgado, apresentando percentuais que oscilavam entre 35% e 36%, o que caracterizava naquele período taxas menores que as de Suíça e dos Países Baixos, e em paridade com a Itália, todos países que não utilizavam o nosso critério alargado. Por fim, em meio ao relatório do Infopen encontrava-se o percentual de 26% para presos provisórios sem julgamento há mais de 90 dias, critério praticamente similar ao adotado pelos demais países.

Após, o Ministério da Justiça publicou novo relatório do Infopen em dezembro de 2017, a fim de divulgar o número de presos no ano de 2016. O relatório afirmava que 40% dos presos não haviam sido julgados e condenados, mantendo-se a confusão do conceito de presos provisórios. Tudo indicava que, em verdade, **tratava-se de presos sem condenação com trânsito em julgado, como apontado anteriormente pelo próprio Executivo Federal e pelo CNMP, visto que esse percentual sempre variou entre 35% e 40%**.

Outro grande avanço, como defendido por este articulista desde 2017, foi a correta definição de presos provisórios para fins estatísticos, isto é, somente aqueles sem condenação. Desta forma, apontou-se que 33,29% dos apenados encontram-se aguardando julgamento, o que deixa o Brasil em 89º lugar no mundo em número de presos provisórios, abaixo de países como Nova Zelândia, Dinamarca, Bélgica, Suíça, Canadá, por exemplo¹². Ou seja, comparativamente, o Brasil não possui muitos presos provisórios. Mais claro e metodologicamente aperfeiçoado – atentando-se a algumas de nossas críticas passadas – o relatório novamente demonstra que inexistente encarceramento exagerado ou em massa no país.

Ainda, ressalte-se o profícuo estudo publicado na Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹³, o juiz de Direito Aylton Cardoso de Vasconcellos realizou exame analítico dos 372.402 processos criminais em tramitação naquele estado no ano de 2015, verificando que: 1. os processos de réus soltos correspondiam a 94,64% do total; 2. em 90,33% dos processos criminais encerrados em 2015, não houve imposição de pena criminal por sentença condenatória; 3. 52,97% dos presos provisórios já haviam sido julgados em primeiro

¹² Conforme o percentual de presos provisórios real (sentenciados), as posições foram retiradas do site: http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/pre-trial-detainees?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em setembro de 2019.

¹³ Vasconcellos, Aylton Cardoso de. Exame analítico das informações estatísticas da justiça criminal de primeiro grau de jurisdição do estado do Rio de Janeiro. In Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Vol. 110.

grau. Tais números derrubam a falsa retórica de que os juízes brasileiros possuem certo tipo de fetiche pelo instituto da prisão preventiva.

Por conseguinte, causa espanto a insistência de setores da academia, da imprensa e do mundo jurídico em afirmar que o nosso sistema penal atual privilegia a prisão, em vez de medidas alternativas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após inúmeras mudanças legislativas, iniciadas em 1984 por um sistema progressivo irreal, criou-se, com o sangue e o sofrimento de incontáveis vítimas, um sistema em que um malfeitor tenha de cometer inúmeros crimes para que venha a permanecer tempo razoável em regime fechado. Em outras palavras, verifica-se que os condenados criminalmente permanecem pouquíssimo tempo no sistema prisional, o que demonstra a falta do efeito intimidatório/dissuasório inerente à pena de prisão por tempo prolongado, conforme alertava o Nobel Gary Becker.

Cabe aqui a pergunta: por que os órgãos oficiais não colhem dados estatísticos que permitam aferir o tempo médio de prisão no regime fechado de condenados por crimes que interferem diretamente na vida social? Ou ainda, qual o percentual de condenados que sequer iniciam o cumprimento da pena em regime fechado? As perguntas muito provavelmente não são feitas em razão da previsibilidade do resultado assustador que desmascara a falácia da narrativa do encarceramento em massa, patrocinado generosamente por instituições internacionais.

As taxas irrealistas de encarceramento e de presos provisórios apresentadas por meio do Ministério da Justiça, repetidas a todo o momento, lembram a lição de Darrel Huff em “Como Mentir Com Estatística”, quando alertava para o perigo das amostras com “tendenciosidade embutida”, com a finalidade única de manipular a utilização das estatísticas.

A afirmação de que “se prende demais”, sempre acompanhada do dito “punitivismo” penal, nunca esteve tão dissociada da realidade. Afinal, 50,67% das penas no Brasil comportam transação penal, 24,10% comportam suspensão condicional do processo, outras 3,42% admitem a substituição por penas privativas de direito. Ou seja, 78,19% sequer possibilitam que o juiz estipule pena privativa de liberdade em meio aberto. Por fim, apenas 2,67% (28 intervalos de

penas) impõem que o juiz aplique o regime inicialmente fechado¹⁴. Portanto, referir que o Brasil vive uma onda encarceradora e punitivista equivale a algo tão desproporcional e distante da realidade quanto a comparação entre um cavalo e um cavalo-marinho.

O outro mantra, “prisão não resolve”, também cai por terra na análise das entradas e saídas do sistema prisional divulgados no relatório de dezembro de 2017. Visualiza-se através dos estados do Piauí e Mato Grosso do Sul, que se destacaram por remeter a quase totalidade dos dados, que o sistema prisional brasileiro constitui verdadeira **PORTA GIRATÓRIA** de criminosos. No Mato Grosso do Sul, a cada entrada de 100 presos, saíram 96; no Piauí, saíram 93, enquanto 100 entraram.

Outros pontos devem ser considerados, a surgir em novos artigos. É necessário tratar da questão de forma séria, de forma a proteger a sociedade totalmente amedrontada; e não inverter a posição, tornando o algoz da sociedade em vítima desta.

Evidentemente, no plano teórico, doutrinário, das ciências humanas, a liberdade de cátedra e de contraposição na busca da síntese deve ser sempre bem-vinda, visando a debater o fundamento e as consequências do instituto da prisão. Nesta ordem, os relatórios da nova gestão do Ministério da Justiça trazem novos dados que permitem aprofundar o debate e desmitificar falsas conclusões. Por outro lado, é inconcebível que órgãos públicos - especialmente aqueles ligados ao sistema judicial - coloquem suas idiosincrasias acima do escopo das suas funções. Como observou o grande John Adams, os fatos são coisas teimosas que não se submetem a nossos desejos.

Infelizmente, nada disso tem incomodado inúmeros “especialistas” na área, que se dizem preocupados com a cientificidade em suas manifestações, mas se encontram perdidos na lama da ideologia. Conforme salientado na paradigmática obra intitulada “Bandidolatria e Democídio”, escrita pelos Promotores de Justiça Diego Pessi e Leonardo Giardin de Souza: “Transformar o aparato policial e o sistema prisional do país em espantalhos, para em seguida denunciar-lhes a ineficácia e promover sua aniquilação é uma monstruosidade digna dos piores psicopatas. É algo que vem sendo feito de maneira sistemática pelo estamento brasileiro, com um custo de 60 mil vidas por ano”.

¹⁴ Exemplar trabalho acadêmico intitulado “O Caráter Polifuncional da Pena e os Institutos Despenalizadores: Em Busca da Política Criminal Do Legislador Brasileiro”, de Jônatas Kosmann, que mapeou os intervalos de penas previstos em 1050 tipos penais.

Causas interruptivas e suspensivas da prescrição punitiva no Direito Penal Militar: Lei Anticrime e precedentes do STF

Anderson Batista de Souza

Promotor de Justiça do Ministério Público do Amapá.

Mestre em Direito Constitucional pela

Faculdade de Direito de Lisboa.

Especialista em Direito Militar.

RESUMO: O objetivo do artigo é confirmar se as causas interruptivas e suspensivas da prescrição punitiva, incluídas recentemente no Código Penal e por precedentes do STF, são aplicáveis ao direito penal militar. A Lei Anticrime introduziu novas causas suspensivas da prescrição punitiva “enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal” e “na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis”. Por sua vez, precedentes do STF trouxeram a causa interruptiva da “publicação do acórdão confirmatório recorrível de sentença condenatória proferida por juízo *a quo*”. Toda alteração legislativa e jurisprudencial reveladora de causas interruptivas e suspensivas da prescrição punitiva, alicerçada no reconhecimento de comportamento comissivo do poder/dever de exercício do *jus puniendi* está alinhada à natureza jurídica punitiva da prescrição pela omissão estatal. As inovações apresentadas devem ter aplicação no direito penal militar. A resolução da antinomia pelo critério da especialidade revela-se inadequada, diante da constatação de lacuna ontológica e axiológica da legislação castrense, a vulnerar o direito fundamental do cidadão à segurança e resguardo dos meios e do modo de vida protegido, pela proteção insuficiente. As conclusões deste artigo permitem abrir o debate científico sobre o tema e avançar na aplicação de soluções jurídicas contra a injustiça e impunidade na Justiça Militar.

PALAVRAS-CHAVES: Prescrição da pretensão punitiva. Causas interruptivas e suspensivas. Lei Anticrime. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

TITLE: Interruptive and Suspensive Causes of Punitive Prescription in Military Criminal Law: Anticrime Law and Precedents of the Brazilian Supreme Federal Court.

ABSTRACT: The purpose of the article is to confirm whether the causes are interruptive and suspensive of the punitive prescription, included recently in the Penal Code and by precedents of the Brazilian Supreme Federal Court that are indicated by military criminal law. The Anticrime Law introduced as suspensive causes of the statute of limitations “as long as not fulfilled or terminated or criminal prosecution agreement” and “pending embargoes of declaration or appeals to the Superior Courts, when inadmissible”. In turn, precedents of the Brazilian Supreme Federal Court cause the interruption of the “publication of a recurring confirmatory judgment, of a condemnatory sentence rendered by judges a quo”. Any legislative and jurisprudential alteration revealing interruptive and suspensive causes of punitive prescription, based on the recognition of the commission's power / duty behavior of the *jus puniendi* is aligned with the punitive legal nature of the prescription for state omission. The innovations must be applied in military criminal law. An antinomy resolution by the specialty criterion proves to be inadequate in view of the finding of an ontological and axiological gap, a vulnerability or fundamental right of the citizen to security and protection of the means and protected way of life, due to insufficient protection. The conclusions of this article make it possible to open the scientific debate on the subject and to advance the application of legal solutions against injustice and impunity in Military Justice.

KEYWORDS: Prescription of punitive pretension. Interruptive and suspensive causes. Anticrime Law. Precedents of the Brazilian Supreme Federal Court.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Prescrição e suas espécies – 3. Causas interruptivas – 4. Causas suspensivas – 5. Atual panorama – 6. Novas perspectivas – 7. Lacuna normativa – 8. Princípio da especialidade – 8.1. Fundamentos de ordem geral – 8.1.1. Precedentes do STM e do STF – 8.1.2. Não exclusividade do CPM – 8.2. Fundamentos de ordem especial – 8.2.1. Causa interruptiva:

acórdão confirmatório recorrível – 8.2.2. Causa suspensiva: enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal – 8.2.3. Causa suspensiva: pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores – 9. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A prescrição no âmbito penal é tema polêmico e constante nas discussões jurídicas devido às alterações legislativas frequentes e às variações jurisprudenciais.

O Código Penal sofreu diversas alterações legislativas ao longo dos anos, pelos seguintes diplomas: Lei nº 7.209/1984; Lei nº 9.268/1996; Lei nº 11.596/2007; Lei nº 12.234/2010; Lei nº 12.650/2012; e, por fim, a mais atual, a Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime). Este fenômeno não é observado no Código Penal Militar.

Tais alterações são promovidas pela necessidade de adaptação do instituto da prescrição aos avanços interpretativos promovidos pelo Poder Judiciário, que por sua vez, acaba por inaugurar novas discussões, a exigir atualização não só quanto às regras da lei, como também, às normas de aplicação na função judicante.

O tema do artigo trata das modificações trazidas pela Lei Anticrime (Lei nº 13.964, de 2019) ao Código Penal e do precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal no trato das causas interruptivas e suspensivas da prescrição da ação penal e sua repercussão no âmbito do Direito Penal Militar.

Veremos que, no ano de 2019, a Lei Anticrime incluiu no Código Penal duas novas causas suspensivas da prescrição da ação penal, “na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis” e “enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal”. Também veremos o recente e relevante precedente da Suprema Corte quanto à causa interruptiva do “acórdão confirmatório de condenação proferida em primeira instância”.

A hipótese a ser confirmada neste artigo é saber se tais causas interruptivas e suspensivas da prescrição da ação penal são aplicáveis ao direito penal militar.

Para solucionar a hipótese, apresentaremos num primeiro momento, considerações básicas sobre o instituto da prescrição. Na sequência, analisaremos, em tópicos distintos, as causas interruptivas e suspensivas da prescrição da ação penal. No final, traremos a solução argumentativa à hipótese levantada.

2 PRESCRIÇÃO E SUAS ESPÉCIES

No âmbito penal, entende-se que a prescrição é a perda do direito de punir (*jus puniendi* ou *jus punitiois*) do Estado, pelo seu não exercício, em determinado lapso de tempo.

O Código Penal Militar considera a prescrição como causa extintiva da punibilidade (art.123, inciso IV).

Pode ser verificada a qualquer momento da persecução penal, fazendo-se premente o seu reconhecimento, a requerimento das partes ou declarada de ofício (art.133 do CPM). Ademais, a contagem do prazo parte dos marcos legais pré-estabelecidos (art.125, § 2º do CPM).

Tem natureza jurídica de direito material, pois configura direito subjetivo do autor de não ser punido por fato tido como delituoso após o decurso de determinado tempo. Por outro lado, também é considerada matéria de ordem pública, relacionada ao próprio processo e seu desenvolvimento regular. A análise acerca de sua ocorrência, deve preceder à do *meritum causae*, mormente porque, caso reconhecida em qualquer fase do processo, torna prejudicada a questão de fundo.

Os fundamentos para o seu reconhecimento são diversos. Para alguns¹, reside na dificuldade de prova do fato imputado, ou, na progressiva dissolução da necessidade de aplicação da pena. Para outros², há presunção de emenda do criminoso que não mais delinuiu e até mesmo, os temores de se ver processado atuando como substitutivo da pena (teoria da expiação moral). Porém, tem-se como preponderante na doutrina, a necessidade de combater a desídia da estrutura punitiva³.

A prescrição pode ser dividida em prescrição da pretensão punitiva ou também denominada “da ação penal”, e, prescrição da pretensão executória ou “da execução da pena”. A primeira se dá antes do trânsito em julgado da sentença criminal e a segunda, após o referido trânsito.

Cezar Roberto Bittencourt⁴ ensina que a classificação decorre da distinção entre *ius puniendi* e *ius punitiois*: “com o trânsito em julgado da decisão condenatória, o *ius puniendi*

¹ SANTOS Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. 4ª ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 643.

² ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 298.

³ NEVES, Cícero Robson Coimbra. STREIFINGER, Marcelo. *Manual de direito penal militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 644.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral 1 - 17 ed., rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 870.

transforma-se em *ius punitiois*, isto é, a pretensão punitiva converte-se em pretensão executória”.

A prescrição da pretensão punitiva se subdivide em abstrata, superveniente e retroativa.

Na prescrição da ação penal em abstrato, o prazo regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, de acordo com o artigo 125 do CPM. Esta espécie só ocorre entre a data definida como termo inicial da prescrição da ação penal⁵ e a instauração do processo, ou, a partir desse momento até a publicação da sentença.

Na prescrição da ação penal superveniente, diferentemente da prescrição abstrata, leva em conta para o cálculo do prazo prescricional a pena aplicada concretamente. O marco inicial da contagem se dá com a publicação da sentença condenatória recorrível e termina com o trânsito em julgado definitivo. É requisito que a sentença transite em julgado apenas para acusação, ou, depois de provido o recurso da acusação.

Na prescrição da ação penal retroativa, bem como na superveniente, o lapso temporal é calculado pela pena em concreto. Ainda que haja semelhanças entre os dois, a diferença se encontra no fato de que, na intercorrente o lapso temporal é calculado a partir da publicação da sentença recorrível, ou seja, para os períodos posteriores, já a retroativa se volta ao passado, aos momentos anteriores à publicação da sentença condenatória.

Na prescrição da ação penal, temos a importante distinção entre as causas interruptivas e suspensivas, na medida em que, nas da primeira espécie, quando de sua ocorrência, o prazo torna a percorrer em sua inteireza; ao passo que, nas da segunda espécie, o transcurso do lapso temporal é suspenso e posteriormente retomado pelo restante do que faltar.

3 CAUSAS INTERRUPTIVAS

São causas interruptivas da prescrição punitiva, previstas no Código Penal:

- Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:
 I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;
 II - pela pronúncia;
 III - pela decisão confirmatória da pronúncia;
 IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;
 V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;
 VI - pela reincidência.

⁵ CPM, Art.125, § 2º. A prescrição da ação penal começa a correr: a) do dia em que o crime se consumou; b) no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa; c) nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; d) nos crimes de falsidade, da data em que o fato se tornou conhecido.

Por sua vez, em menor número, o Código Penal Militar, prevê as seguintes:

Art.125 [...]

§ 5º O curso da prescrição da ação penal interrompe-se:

I - pela instauração do processo;

II - pela sentença condenatória recorrível.

Na legislação penal castrense, a primeira causa interruptiva “pela instauração do processo”, compreende o recebimento da denúncia pelo Juiz, nos termos do art. 35 do CPPM, ou, por semelhança ao que dispõe o art.117, inciso I do Código Penal: “pelo recebimento da denúncia ou da queixa”.

A Justiça Comum há muito tem ampliado o significado da expressão “pelo recebimento da denúncia ou da queixa”, para incluir outras hipóteses, a exemplo do “acórdão que recebe a denúncia, originalmente rejeitada”, entendimento que decorre da Súmula nº 709 do Supremo Tribunal Federal, o qual dispõe: “salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela”. O Superior Tribunal Militar tem seguido o entendimento sumular e considerado o marco interruptivo⁶.

A segunda causa interruptiva do Código Castrense, “pela sentença condenatória recorrível”, apresenta texto semelhante ao do Código Penal, porém distinto em sua extensão, pois não se fez presente a expressão “acórdão condenatório recorrível”. Essa causa foi incluída no art.117, inciso IV, do Código Penal, por meio da Lei nº 11.596/2007, acolhendo a evolução da jurisprudência à época. O Superior Tribunal Militar tem aplicado por analogia a referida causa interruptiva⁷.

⁶ Superior Tribunal Militar, Embargos Infringentes e de Nulidade nº 2003.01.007044-7. Relator: Ministro Olympio Pereira da Silva Junior, julgado em 30.10.2003, DJe 2/4/2004; Recurso em Sentido Estrito nº 0000236-71.2010.7.01.0101. Relator: Ministro Álvaro Luiz Pinto, julgado em 16.02.2017, DJe 08.03.2017.

⁷ Superior Tribunal Militar, Agravo Regimental nº 139-58.2015.7.09.0009/DF, Relator Ministro Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, DJe 21.08.2017; Embargos de Declaração nº 86-47.2011.7.01.0201/DF, Relatora Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, julgado em 17.12.2013, DJe 05.02.2014; Embargos de Declaração nº 38-86.2012.7.07.0007/DF, Relator Ministro Cleonilson Nicácio Silva, julgado em 22.4.2013, DJe 30.4.2013; Embargos de Declaração nº 151-66.2013.7.05.0005/DF, Relator Ministro Fernando Sérgio Galvão, julgado em 23.09.2014, DJe 30.9.2014; AgReg. 0000134-30.2013.7.05.0005, Relator Ministro Odilson Sampaio Benzi. DJe 7.2.2018.

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a ampliação das causas interruptivas catalogadas no Código Penal Militar, pois, para além do “acórdão condenatório recorrível”, também reconhece a aplicação do “acórdão condenatório recorrível em ação penal originária”, ao argumento de que não haveria distinção ontológica entre ambos, não incidindo o entendimento, em analogia *in malam partem*⁸.

4 CAUSAS SUSPENSIVAS

São causas suspensivas da prescrição punitiva, previstas no Código Penal:

- Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:
- I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;
 - II - enquanto o agente cumpre pena no exterior;
 - III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis; e
 - IV - enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.

Por sua vez, em menor número, o Código Penal Militar, prevê as seguintes:

- Art.125 [...]
- § 4º A prescrição da ação penal não corre:
- I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;
 - II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

A primeira hipótese trazida pelo Código Castrense não difere do Código Penal. A questão prejudicial, regulada no Código de Processo Penal Militar, impõe obrigatoriamente a suspensão do processo, quando o Juiz, ao reputar a alegação séria e fundada, a questão versar sobre estado civil de pessoa envolvida no processo (art.123); ou, facultativamente, quando a questão não se relacione com o estado civil das pessoas, desde que tenha sido proposta ação civil para dirimi-la, seja ela de difícil solução e não envolva direito ou fato, cuja prova a lei civil limite (art.124).

Nessa causa suspensiva, o Plenário do Supremo Tribunal Federal tem subsumido, por meio de interpretação extensiva, os casos de “repercussão geral reconhecida, no qual o relator

⁸ Supremo Tribunal Federal, RHC 109.973, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 12/12/2011; HC 109.390, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 9.10.2012; HC 115035/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 18.6.2013, DJe 1.7.2013; AP-ED 516, Relator: Min. Ayres Britto, Relator do Acórdão: Min. Luiz Fux, julgado em 05.12.2013, DJe 01/08/2014, Tribunal Pleno.

determine a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”, com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC. Vejamos a ementa do precedente.

1. A repercussão geral que implica o sobrestamento de ações penais, quando determinado este pelo relator com fundamento no art. 1035, §5º, do CPC, susta o curso da prescrição da pretensão punitiva dos crimes objeto dos processos suspensos, o que perdura até o julgamento definitivo do recurso extraordinário paradigma pelo Supremo Tribunal Federal. [...] 5. A interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP funda-se nos postulados da unidade e concordância prática das normas constitucionais, isso porque o legislador, ao impor a suspensão dos processos sem instituir, simultaneamente, a suspensão dos prazos prescricionais, cria o risco de erigir sistema processual que vulnera a eficácia normativa e aplicabilidade imediata de princípios constitucionais. 6. O sobrestamento de processo criminal, sem previsão legal de suspensão do prazo prescricional, impede o exercício da pretensão punitiva pelo Ministério Público e gera desequilíbrio entre as partes, ferindo prerrogativa institucional do Parquet e o postulado da paridade de armas, violando os princípios do contraditório e do *due process of law*. [...]. STF, Plenário, RE 966.177 RG-QO/RS, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 7 de junho de 2017.

O referido entendimento deve ser aplicado na Justiça Militar, por interpretação extensiva do art.125, § 4º, inciso I (questão prejudicial) do CPM, porque lastreado em decisão plenária da Suprema Corte, e, entendimento contrário, impediria o exercício da pretensão punitiva pelo Ministério Público ao gerar desequilíbrio entre as partes, violando os princípios do contraditório e do *due process of law*. Há entendimento contrário na doutrina, como o manifestado por Jorge César de Assis⁹.

A segunda causa suspensiva trazida pelo CPM, “enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro”, tem igual sentido na previsão do Código Penal e não traz maiores complexidades em sua aplicação.

5 ATUAL PANORAMA

Conjugando o que dispõe o Código Penal Militar e os precedentes consolidados do STF e do STM é possível traçar um panorama atual de aplicação na Justiça Militar das causas suspensivas e interruptivas da prescrição.

São causas interruptivas da prescrição da ação penal:

- a) instauração do processo;
- b) acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia;

⁹ ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempo de guerra. 10 ed. Curitiba: Juruá, 2018. p.416.

c) sentença condenatória recorrível;

d) acórdão condenatório recorrível, que dá provimento ao recurso da acusação, contra sentença absolutória;

e) acórdão condenatório recorrível em ação penal originária.

São causas suspensivas da prescrição da ação penal:

a) enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

b) repercussão geral reconhecida, no qual o relator no STF determine a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;

c) enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

6 NOVAS PERSPECTIVAS

Com as modificações trazidas pela Lei Anticrime ao Código Penal, surge a indagação quanto a aplicabilidade na Justiça Militar das causas suspensivas da prescrição “enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal” e “na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis”.

Por sua vez, com o recente precedente do Supremo Tribunal Federal, a indagação incide na causa interruptiva da “publicação do acórdão confirmatório recorrível, de sentença condenatória proferida por juízo *a quo*”.

Por serem causas não elencadas expressamente no Código Penal Militar, a discussão envolve obrigatoriamente temas relacionados à lacuna normativa e ao princípio da especialidade, os quais veremos a seguir, em tópicos distintos.

7 LACUNA NORMATIVA

A professora Maria Helena Diniz¹⁰ leciona que a consideração dinâmica do direito e a concepção multifacetária do sistema jurídico, que abrange um subsistema de normas, de fatos e de valores, revelam três espécies de lacuna. A lacuna normativa, quando da ausência de norma sobre determinado caso; a lacuna ontológica, onde há norma vigente, mas ela não corresponde aos fatos sociais; e, a lacuna axiológica, no caso de ausência de norma justa, ou seja, quando existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito, 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 95.

Não se pode olvidar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) reconhece no seu art.4º, a existência de lacunas normativas e impõe orientações para solucioná-las, de acordo com a analogia, costumes e princípios gerais do direito.

Maximiliano¹¹ aponta que as normas devem ter idêntica execução, não podendo ser entendidas de modo que produzam decisões diferentes sobre o mesmo objeto. O instituto da prescrição possui a mesma natureza jurídica de punir a omissão, independente do ramo de direito em que é adotada. A justa regulação deve ser conduzida na criação de causas interruptivas e suspensivas que afastem o caráter punitivo, quando verificado atos persecutórios do Estado.

A carência de causas obstativas da prescrição punitiva conduz a impunidade e a vulneração do direito fundamental à segurança da sociedade pela proteção insuficiente. Não é por outra razão que a Suprema Corte e o próprio STM aplicam causas não expressas explicitamente na legislação penal comum ou militar.

O Código Penal Militar apresenta a peculiaridade de conter tanto uma lacuna normativa, quanto uma lacuna axiológica, quando trata do tema prescrição e suas causas interruptivas e suspensivas.

A lacuna é normativa, porque não há regras legais expressas à semelhança do que apresenta o Código Penal; e, axiológica, pois se distancia da própria natureza de justificação do instituto prescricional, que é infligir sanção à inércia estatal, ao não estabelecer causas adequadas de suspensão e interrupção da prescrição.

Em concepção avalizada com a moderna teoria dos direitos fundamentais e do princípio da eficiência, se por um lado, a fixação de lapsos prescricionais conforma a melhor atuação persecutória, de modo a sugerir a evitação de proteção insuficiente, por outro lado, encerra garantia de segurança jurídica ao acusado, de não se ver indefinidamente posto à mercê de uma punibilidade ineficiente, a perpetuar efeitos jurídicos e sociais não justificados.

A proporção entre a punição da desídia, o fomento à eficiência do Estado punitivo e a garantia da temporalidade da persecução constituem elementos atuais e suficientes a conduzir a conformação de criação de alterações legislativas e de novas leituras interpretativas judiciais.

A natureza jurídica punitiva da omissão estatal inerente ao instituto da prescrição é única em qualquer sistema jurídico civil, administrativo e penal. A previsão normativa de suas causas interruptivas e suspensivas tem o condão de acompanhar essa orientação geral. Sua ausência impõe reconhecer a insuficiência axiológica da norma, fomentador de injustiças sociais.

¹¹ MILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.102.

8 PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

Poder-se-ia argumentar que, no direito penal militar, vigora o princípio da especialidade, não se cogitando da aplicação de outras causas interruptivas ou suspensivas da prescrição da ação penal, senão aquelas dispostas expressamente no Código Penal Militar.

Tal argumento não se sustenta, pois o Superior Tribunal Militar na história recente vem atenuando o uso do critério da especialidade, especialmente quando confrontado com valores fundamentais do cidadão, como observado na aplicação das regras do concurso formal e crime continuado do Código Penal¹² e interrogatório do acusado ao final da instrução criminal (art. 400 do CPP)¹³.

Na mesma trilha de aplicação por analogia é observado na temática da prescrição, o que permite sistematizar argumentos conclusivos de afastamento da aplicação do critério especializante e que serão vistos a seguir, em fundamentos de ordem geral e especial.

8.1 Fundamentos de ordem geral

8.1.1 Precedentes do STM e do STF

Em precedentes consolidados no Superior Tribunal Militar, tem-se observado o acolhimento, por analogia, das alterações legislativas promovidas no Código Penal no instituto da prescrição. Assim ocorreu quando das alterações promovidas no art.117, inciso IV, do Código Penal, por meio da Lei nº 11.596/2007, que instituiu como marco interruptivo prescricional a “publicação do acórdão condenatório recorrível”¹⁴.

¹² Superior Tribunal Militar, Apelação 49723-PE-2004.01.049723-4, Relator Henrique Marini e Souza, julgamento em 10.02.2005, DJ 31.03.2005.

¹³ Cancelamento em 2016 da Súmula nº 15 do Superior Tribunal Militar: A alteração do art. 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União.

¹⁴ Superior Tribunal Militar, Embargos de Declaração nº 151-66.2013.7.05.0005/DF, Relator Ministro Fernando Sérgio Galvão, julgado em 23.09.2014, DJe 30.09.2014; AgReg 0000134-30.2013.7.05.0005, Relator Ministro Odilson Sampaio Benzi, DJe 7.2.2018.

Noutro tema, também como causa interruptiva, o Superior Tribunal Militar segue o entendimento da Súmula nº 709 do STF¹⁵, permitindo estender a compreensão da expressão “instauração do processo” como o “acórdão que recebe a denúncia, em recurso contra sua rejeição”.

Por fim, o STF reconhece a ampliação das causas interruptivas catalogadas no Código Penal Militar, no que inclui o “acórdão condenatório recorrível em ação penal originária”¹⁶.

Os três precedentes citados, de pacífica aplicação na Justiça Militar, confirmam que as causas expressamente catalogadas no Código Penal Militar não são exaustivas e o STM tem afastado a aplicação do critério da especialidade.

8.1.2 Não exclusividade do CPM

A previsão do art.125, § 4º do Código Penal Militar não encerra todas as causas que podem ser reconhecidas no âmbito da Justiça Militar, quanto às causas suspensivas.

Temos por exemplo, o art.53, § 5º, da Constituição Federal, o qual dispõe que os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Recebida a denúncia, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação, o que ocasionará também a suspensão da prescrição, enquanto durar o mandato.

Dessa forma, parlamentar federal que venha praticar crime militar, iniciado o processo perante o Supremo Tribunal Federal, e havendo sustação do processo pela Casa Parlamentar respectiva, ao término do seu mandato parlamentar, a competência para o processo e julgamento

¹⁵ Superior Tribunal Militar, Embargos Infringentes e de Nulidade nº 2003.01.007044-7. Relator: Ministro Olympio Pereira da Silva Junior, julgado em 30.10.2003, DJe 2/4/2004; Recurso em Sentido Estrito nº 0000236-71.2010.7.01.0101. Relator: Ministro Álvaro Luiz Pinto, julgado em 16.02.2017, DJe 08.03.2017.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal, RHC 109.973, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 12/12/2011; HC 109.390, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 9.10.2012; HC 115035/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 18.6.2013, DJe 1.7.2013; AP-ED 516, Relator: Min. Ayres Britto, Relator do Acórdão: Min. Luiz Fux, julgado em 05.12.2013, DJe 01/08/2014, Tribunal Pleno.

será devolvida ao julgamento de piso perante a Justiça Militar, reiniciando o lapso prescricional que até então se encontrava suspenso¹⁷.

Outro caso, em tese admissível na Justiça Militar, é a causa suspensiva da prescrição, por condutas criminosas (crime militar) praticadas pelo Presidente de República, antes ou durante o exercício do mandato e sem relação ao mandato. Embora sem previsão expressa na Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal manifestou¹⁸ em recente julgado, quanto a aplicação da mesma regra conferida aos parlamentares federais (art.53, § 5º da CF), em relação à suspensão do prazo prescricional.

Segundo o Ministro Luiz Fux, a suspensão do prazo prescricional, durante o curso do mandato, é medida consentânea com o espírito da constituição, que não estabelece a imunidade material do Presidente da República, mas tão-somente sua imunidade processual temporária, com o qual não se coadunaria com a possibilidade de os fatos, em tese, criminosos, serem atingidos pela prescrição.

Assim, em crimes militares praticados pelo Presidente da República, antes ou durante o mandato, desde que não se relacionem às funções, haverá a suspensão do lapso prescricional da ação penal, o qual retomará seu curso, somente após a conclusão de seu mandato, cuja competência para processo e julgamento será da Justiça Militar.

As duas situações apontadas comprovam que, em tema de causas interruptivas e suspensivas da prescrição punitiva, não se tem por aplicação exclusiva as regras do Código Penal Militar.

¹⁷ Registre-se com atenção, que a decisão da Corte Suprema, na Ação Penal Originária nº 937, no ano de 2018, alterou entendimento anterior e passou a compreender que a prerrogativa de foro dos parlamentares federais é limitada aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas, portanto, fora de tal circunstância, hoje é perfeitamente possível parlamentar federal responder perante à Justiça Militar da União, em primeira instância, por crime militar.

¹⁸ Supremo Tribunal Federal, APs 1007 e 1008. Ministro Relator Luiz Fux. Decisão de 11.02.2019.

8.2 Fundamentos de ordem especial

8.2.1 *Causa interruptiva: acórdão confirmatório recorrível*

O entendimento pacificado até então pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁹ e pelo Superior Tribunal Militar caminha no sentido de não admiti-la. Contudo, há forte tendência de alteração do entendimento, em razão dos últimos julgados da Suprema Corte.

No Supremo Tribunal Federal, o tema foi inaugurado no ano de 2013, com breve argumentação do Ministro Marco Aurélio, em julgado da Primeira Turma²⁰. Muito embora a tese não tenha sido a vencedora, na oportunidade ao questionar o relator Dias Toffoli, asseverou:

A sentença existe como título condenatório? Não. Ela foi substituída, a teor do disposto no artigo 512 do Código de Processo Civil - aplicável, subsidiariamente -, pelo acórdão. O que se executará será o acórdão e não a sentença. Por isso, a meu ver, a Lei nº 11.596/2007 apenas explicitou, no inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o acórdão como fator interruptivo da prescrição, que poderia ser impugnado, como o foi.

No ano de 2017, o Ministro Marco Aurélio, relator do HC 138.088/RJ, 1ª Turma, voltou a discutir o tema, inaugurando a nova orientação:

1.A ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal e o acórdão que confirma a sentença condenatória, justamente por revelar pleno exercício da jurisdição penal, é marco interruptivo do prazo prescricional, nos termos do art. 117, IV, do Código Penal. Acrescente-se que a decisão proferida pelo Tribunal em sede de apelação substitui a sentença recorrida, consoante reiteradamente proclamado em nossa legislação processual (art. 825 do CPC/1939; art. 512 do CPC/1973; art. 1.008 do CPC/2015).

O precedente se consolidou no âmbito da 1ª Turma em seguidos julgamentos e de votações unânimes dos Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes²¹.

¹⁹ Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial. AgRg no RE nos EDcl no REsp 1301820/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16.11.2016.

²⁰ Supremo Tribunal Federal, RE 751394, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 28.05.2013, DJ 27.08.2013.

²¹ Supremo Tribunal Federal, HC 138.086, redator para o acórdão Min. Alexandre de Moraes; HC 136.392, Rel. Min. Marco Aurélio; ARE 1.130.096-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator para o acórdão, Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Dje 14.9.2018; RE 1.182.718/RS, Dje 11.2.2019; ARE 1.176.486/RS, Dje 1.2.2019; ARE 1.109.110, Dje 4.2.2019.

Em julgado realizado no ano de 2020, consignou-se:

1. A prescrição é, como se sabe, o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela inércia do próprio Estado. No art. 117 do Código Penal que deve ser interpretado de forma sistemática todas as causas interruptivas da prescrição demonstram, em cada inciso, que o Estado não está inerte. 2. Não obstante a posição de parte da doutrina, o Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatório confirmatório da decisão. Não há, sistematicamente, justificativa para tratamentos díspares. 3. A ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal e o que existe na confirmação da condenação é a atuação do Tribunal. Conseqüentemente, se o Estado não está inerte, há necessidade de se interromper a prescrição para o cumprimento do devido processo legal. 4. Agravo regimental provido. (STF. Primeira Turma Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 1.237.572-RO. Relator Ministro Marco Aurélio. DJe 07.02.2020).

Os ministros destacaram, dentre outros argumentos, que a interrupção da prescrição no acórdão confirmatório afasta o abuso do direito de defesa, consistente na manipulação dos instrumentos recursais sucessivos, para o fim de dar causa a prescrição punitiva.

Para esclarecer a amplitude do entendimento, imaginemos hipoteticamente um caso. O militar é condenado pelo juízo *a quo*, no crime de deserção, a pena privativa de liberdade de 6 (seis) meses de detenção e sob o qual não lhe foi concedida a suspensão condicional da pena. Somente a defesa interpõe recurso de apelação e, no Superior Tribunal Militar, o recurso é julgado improcedente, confirmando a sentença condenatória de piso.

O prazo da prescrição, considerando a pena aplicada na sentença, será de 2 (dois) anos, e, por se tratar de um jovem menor de 21 (vinte e um) anos, será reduzida para 1 (um) ano. Com a publicação da sentença condenatória, o lapso temporal será interrompido.

Se adotado o entendimento até então vigente, ainda que o STM julgasse de forma célere o recurso apelativo, em tempo inferior a 1 (um) ano, bastaria que a defesa apresentasse sucessivos recursos de embargos infringentes e de nulidade, recurso extraordinário, agravo interno, agravo em recurso extraordinário e os embargos de declaração em cada uma das etapas recursais, para obstaculizar a pretensão persecutória estatal, em que pese, evidenciar nitidamente a dedicação do Tribunal em confirmar uma condenação.

Porém, fixada a nova orientação da Suprema Corte, a ocorrência da prescrição intercorrente da ação penal se tornaria rara, reduzindo a incidência de casos de abuso recursal, já que a publicação do acórdão confirmatório faria com que se retomasse a contagem do lapso prescricional.

8.2.2 Causa suspensiva: enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal foi previsto originalmente na Resolução nº 181 e 183 do CNMP; e, no Ministério Público Militar, pela Resolução nº 101 do CSMMPM.

Posteriormente a Lei Anticrime inseriu o artigo 28-A ao Código de Processo Penal, porém não alterou o Código de Processo Penal Militar, embora o tenha feito em outros pontos (art.16-A). Hoje há questionamentos sobre sua aplicabilidade na Justiça Militar.

O STM, em julgado por unanimidade²², em tempo posterior às modificações da Lei Anticrime, entendeu por sua não aplicação, ao argumento de que o acordo está circunscrito ao âmbito do processo penal comum, não sendo possível invocá-lo subsidiariamente ao Código de Processo Penal Militar, sob pena de violação ao princípio da especialidade, por envolver valores da hierarquia e disciplina militar.

O reconhecimento da causa suspensiva decorre logicamente da prévia consagração do instituto na Justiça Militar da União, cuja conclusão já caminhou por sua inadmissibilidade perante o Superior Tribunal Militar. A problemática não se encontra na admissibilidade da causa suspensiva da prescrição, mas na admissibilidade do próprio instituto, razão suficiente para concluir, neste momento, por sua inadmissibilidade na Justiça Militar.

8.2.3. Causa suspensiva: pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores

A hipótese em inovação busca corrigir problemática frequente nos Tribunais Superiores, ao permitir afastar o uso abusivo do exercício do direito recursal, complementando a causa interruptiva já reconhecida pelo STF, quando do acórdão confirmatório de condenação.

A causa em questão deve evoluir para ser admitida na Justiça Militar, visto não vulnerar qualquer aspecto peculiar da vida militar.

A tese, até então fixada em precedentes do Supremo Tribunal Federal²³, seguido pelo Superior Tribunal Militar²⁴, assentava que “a interposição de recurso extraordinário, inadmitido

²² Superior Tribunal Militar, Apelação nº 7001106-21.2019.7.00.0000, Relator Ministro Ten. Brig. Ar Carlos Vuyk de Aquino. Julgado em 27.02.2020.

²³ Supremo Tribunal Federal, HC 86.125, Rel. Min. Ellen Gracie; RHC 116.038, Rel. Min. Luiz Fux; AI 807.142-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; ARE 740.953-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes; ARE 723.590-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; ARE nº 969.022AgR/MT. Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 13.12.16.

na origem, não tem o condão de impedir a formação da coisa julgada”. Em outras palavras, até então, a prescrição da execução da pena, possuía eficácia retroativa à data final do prazo de interposição do recurso extraordinário, quando inadmitido na origem (STM).

Haveria um contrassenso lógico, com incidência precária sobre o mesmo lapso temporal, da prescrição punitiva e executória.

Por um lado, o Estado não poderia dar início à execução da pena, porque não transitado em julgado a condenação, a incidir o reconhecimento da prescrição punitiva caso fosse configurada; e, por outro, a prescrição executória já teria iniciado sua contagem, sem poder iniciar a execução da pena e, quando finalmente reconhecido a impertinência recursal, a contagem do lapso prescricional ocorreria de forma retroativa, contado da data final concedida à defesa para interposição do recurso extraordinário.

A defesa, pretendendo forçar o reconhecimento da prescrição punitiva ou mesmo executória, competiria tão somente interpor recurso extraordinário e do seu indeferimento, o recurso de agravo, intercalando embargos de declaração e demais recursos da Corte Suprema, para o fim de causar a extinção da punibilidade pela prescrição, devido ao tempo despendido pelo processamento de tais recursos perante o STM e STF. Situação que não denota qualquer omissão do Estado.

Com a modificação legislativa, não mais restará espaço para atuações abusivas e protelatórias nos recursos, pois a prescrição punitiva estará suspensa na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando reconhecidamente inadmissíveis.

A alteração legislativa é consentânea com a consolidação do entendimento de vedação da execução provisória da pena pelo Supremo Tribunal Federal²⁵. Se não há mais a execução provisória da pena, não se pode reconhecer a prescrição da pretensão executória ficta e retroativa, por abuso do direito de defesa recursal.

Não há qualquer razão lógica ou sistemática que permita sua não aplicação à Justiça Militar.

²⁴ Superior Tribunal Militar, Recurso em Sentido Estrito nº 7001046-82.2018.7.00.0000. Relator Ministro Lúcio Mário de Barros Góes, julgado em 02.05.2019, DJe 21/05/2019; RSE 7000124-75.2017.7.00.0000. Rel. Min. Almirante de Esquadra Alvaro Luiz Pinto, julgado em 20.3.2018; Recurso em Sentido Estrito nº 7000602-49.2018.7.00.0000. Rel. Min. José Barroso Filho, julgado em 28.11.2018.

²⁵ STF. Plenário. ADC 43/DF, ADC 44/DF, ADC 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgados em 07.11.2019.

9 CONCLUSÃO

O tema do artigo tratou das modificações trazidas pela Lei Anticrime (Lei nº 13.964, de 2019) ao Código Penal e do precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal, no trato das causas interruptivas e suspensivas da prescrição punitiva e sua repercussão no âmbito do direito penal militar.

Com as modificações trazidas pela Lei Anticrime ao Código Penal, em especial no art.116, III e IV, surge a indagação quanto à aplicabilidade na Justiça Militar, das causas suspensivas da prescrição “na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis” e “enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal”.

Por sua vez, com o recente precedente do Supremo Tribunal Federal, a indagação incide sobre a causa interruptiva “da publicação do acórdão confirmatório recorrível, de sentença condenatória proferida por juízo *a quo*”.

O Código Penal Militar apresenta lacuna normativa e axiológica nas causas interruptivas e suspensivas da prescrição, a conduzir na necessária revelação de outras causas não expressas na legislação castrense, maximizando a garantia dos direitos fundamentais, no que inclui a segurança do cidadão, ao reprimir a impunidade e encerrando um dos aspectos do princípio da dignidade da pessoa humana, no resguardo dos meios e do modo de vida protegida.

Poder-se-ia argumentar que na Justiça Militar vigora o princípio da especialidade, não se cogitando da aplicação de outras causas interruptivas ou suspensivas da prescrição da ação penal, senão aquelas dispostas no Código Penal Militar. Tal argumento não se sustenta por diversos fundamentos de ordem geral e especial.

Nos fundamentos de ordem geral, observou-se que o Superior Tribunal Militar tem acolhido, por analogia, as alterações legislativas promovidas no Código Penal no instituto da prescrição, em especial quanto às causas interruptivas da “publicação do acórdão condenatório recorrível”, além de seguir o entendimento do STF, quanto ao “acórdão que recebe a denúncia, em recurso contra sua rejeição” e do “acórdão condenatório recorrível em ação penal originária”.

Além do mais, comprovou-se que o Código Penal Militar não encerra todas as causas reconhecíveis, a exemplo da causa suspensiva do art. 53, § 5º, da Constituição Federal, aplicável aos parlamentares federais e por extensão ao Presidente da República, segundo precedente do STF.

Nos fundamentos de ordem especial, concluiu-se que a causa interruptiva da prescrição “publicação do acórdão confirmatório recorrível, de sentença condenatória proferida por juízo *a*

quo”, originária do precedente consolidado da 1ª Turma do STF, deve ser aplicada na Justiça Militar, pois a ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal, e o que existe na confirmação da condenação é a atuação do Estado-Juiz.

Quanto à causa suspensiva, “enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal”, não deve ser aplicado na Justiça Militar por ora, em razão da decisão por unanimidade proferida pelo Superior Tribunal Militar na Apelação nº 7001106-21.2019.7.00.0000, que não admitiu o novel instituto, constituindo-se em discussão à parte.

Por fim, a causa suspensiva da prescrição “na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis”, deve ser aplicada à Justiça Militar, pois busca corrigir uma problemática frequente, ao afastar o uso abusivo do exercício do direito recursal pela defesa.

As inovações apresentadas, com exceção da causa originada pelo acordo de não persecução penal, devem ter aplicação no direito penal militar. A resolução da antinomia pelo critério da especialidade, ao argumento de afastar a aplicação analógica do Código Penal ou da novel interpretação do STF, revela-se inadequada, diante da constatação de lacuna ontológica e axiológica a vulnerar o direito fundamental do cidadão à segurança e resguardo dos meios e do modo de vida protegido.

A proporção entre a punição da desídia, o fomento à eficiência do Estado punitivo e a garantia da temporalidade da persecução, constituem elementos atuais e suficientes a conduzir, a conformação de criação de alterações legislativas e de novas leituras interpretativas judiciais no âmbito do direito penal militar.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempo de guerra*. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*, 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

MILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. STREIFINGER, Marcelo. *Manual de direito penal militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS. Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

Abordagem Policial e *Accountability*: uma aproximação do Interacionismo Simbólico de G.H. Mead ao controle externo da atividade policial

Tatiana Almeida de Andrade Dornelles

Mestre em Criminologia e Execução Penal pela Universidade Pompeu Fabra/Barcelona, especialista em Segurança Pública e Direito Justiça Criminal pela PUC/RS e Procuradora da República.

RESUMO: O presente estudo busca contribuir para a compreensão dos processos psicossociais existentes entre polícia e cidadão nas abordagens policiais de rotina. Para isto, introduz a teoria do interacionismo simbólico de G. H. Mead e apresenta experimentos psicológicos, os quais demonstram que a identidade de grupo gera sentimentos e reações nos indivíduos potencializadores da rivalidade grupal e da atuação no sentido “nós” *versus* “eles”. Este sentimento de antagonismo, por sua vez, produz falhas na interpretação do comportamento e na comunicação entre as partes, causando mais desentendimentos e insatisfações, numa profecia de autocumprimento. Para superar este antagonismo, é necessário eliminar ou ao menos amenizar o sentido de identidade grupal, aproximando-se as partes envolvidas. Do lado da polícia, adotar efetiva *accountability*, com regras de comportamento policial claras e informação aos cidadãos do que esperar em abordagens policiais. Da parte do cidadão, conhecer os procedimentos policiais e adotar atitudes colaborativas. Da parte do controle externo, atuar para garantir

segurança jurídica na atividade policial e exercer o papel de mediador neste processo de aproximação.

PALAVRAS-CHAVE: Abordagem Policial. *Accountability*. Interacionismo simbólico. Identidade de Grupo. Controle Externo.

ENGLISH

ABSTRACT: The present study seeks to contribute to the understanding of the psychosocial processes existing between police and citizens in routine police approaches. To this end, it introduces G. H. Mead's theory of symbolic interactionism and presents psychological experiments, which demonstrate that group identity generates feelings and reactions in individuals that enhance group rivalry and emphasizes the sense "we" versus "them". This feeling of antagonism, in turn, produces failures in the interpretation of behavior and communication between the parties, causing more disagreements and dissatisfactions, in a *self-fulfilling* prophecy. To overcome this antagonism, it is necessary to eliminate or at least soften the sense of group identity, bringing the parties involved closer together. On the police side, adopt effective accountability, with clear rules of police behavior and information to citizens of what to expect in police approaches. On the part of the citizen, know the police procedures and adopt collaborative attitudes. On the part of external control, act to ensure legal certainty in the police activity and exercise the role of mediator in this process of approximation.

KEYWORDS: Police approach. Accountability. Symbolic interactionism. Group Identity. External Control.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O interacionismo simbólico de G. H. Mead – 3 Cultura policial (?) – 4 Abordagem policial – 5 *Accountability* da atividade policial – 6 Superação de dicotomia polícia *versus* sociedade e adoção de um modelo colaborativo – 7 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

Posso ser parado e revistado sem motivo? Tenho obrigação de chamar o policial de “senhor”? O policial pode sair da viatura apontando a arma? O policial pode ficar com algum objeto nosso? Depois da abordagem, o policial disse que não queria mais ver a gente lá, ele pode intervir no meu direito de ir e vir? O policial pode ser arrogante? O policial pode xingar durante uma abordagem porque eu não escutei direito? O policial pode me filmar? O policial pode apontar a arma para mim?

Estas são dúvidas literais encontradas em fóruns e comentários de artigos e notícias na Internet¹. Dúvidas e muitas vezes relatos de condutas policiais indevidas ou aparentemente normais, mas que geraram constrangimento ao cidadão.

Não é incomum a abordagem policial estar rodeada de dúvidas e insatisfação. O encontro policial/cidadão é, em regra, um evento tenso, em que o policial está sempre em alerta para uma possível complicação, e o cidadão teme de um abuso ou de um constrangimento. As imagens que cada um possui do outro costumam ser distorcidas por medos, preconceitos e estereótipos. Estimulada pela mídia e universidade, existe também uma ideia de antagonismo inconciliável entre a polícia e a cidadania, como se o policial fosse algo externo à sociedade.

A categorização das pessoas em grupos, a estereotipagem dos integrantes e uma tendência a rivalização é um traço evolutivo da espécie humana. George Herbet Mead (1863-1931), em seus quase quarenta anos de carreira, desenvolveu a teoria posteriormente denominada de interacionismo simbólico, com livros e trabalhos publicados essencialmente após sua morte. Foi um dos pioneiros neste tipo de abordagem. Até hoje, sua ideia de formação de personalidade baseada em processos de comunicação derivados das interações sociais é uma perspectiva válida, a partir da qual outros pesquisadores desenvolveram teorias diversas. A teoria permanece sendo importante para o entendimento do comportamento humano.

O objetivo deste trabalho é introduzir a teoria do interacionismo simbólico de Mead e contextualizá-la no estudo da abordagem policial, buscando aplicar as lições daquela teoria no aperfeiçoamento da atividade policial e no bem-estar da população.

¹ <https://laurochammacorreia.jusbrasil.com.br/artigos/388119560/busca-pessoal-e-abordagem-policial-tem-previsao-legal>

<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,abordagem-policial-o-que-pode-e-o-que-nao-pode-ser-feito,10000012942>

<https://robertoparentoni.jusbrasil.com.br/artigos/121939878/abordagens-policiais-direitos-deveres-e-dicas-de-comportamento>

2 O INTERACIONISMO SIMBÓLICO DE G.H. MEAD

O termo interacionismo simbólico não tem origem nos autores vinculados a esta corrente de pensamento. Herbet Blumer denominou interacionistas simbólicos aos autores que, como George Herbet Mead, compartilhavam a ideia da existência de processos de interação simbólica vinculados ao fenômeno da evolução humana, da evolução da sociedade e da conduta dos indivíduos (CASAGRANDE, 2016).

George H. Mead é considerado um dos fundadores do pragmatismo americano e destacou-se pelo desenvolvimento da concepção da constituição social do *self*², pois prescreve que ao menos dois sujeitos reagem um ao outro através “de ações e expressões comunicativas recíprocas” (CASAGRANDE, 2016, p.378).

Para explicar a constituição do *self*, Mead faz uma analogia com uma cena cotidiana em que um guarda de trânsito dá uma ordem de parada (MEAD, 1934, seção 24) e que um engenheiro de trânsito, que tem a atribuição de examinar as regulações de tráfego, deixa esta condição de lado e adota a organização mental de um motorista, acionando os mecanismos da máquina para fazer o veículo parar. O gesto do policial desencadeia reações sociais. E a mente (*mind*) é a importação destas regras externas (e precedentes) para dentro da conduta individual, o que será utilizado nas interações futuras. Este exemplo também anuncia a existência de múltiplos papéis sociais a serem exercidos por cada indivíduo.

As pessoas atuam conforme o que as coisas significam para elas, e o significado das coisas é apreendido pelas contínuas interações sociais. A resposta ou reação de um indivíduo a algo ou à atitude de alguém não é produto direto deste algo ou ação e sim deriva de qual significado esta ação tem para o indivíduo. Este processo interativo inicia-se na infância, mas a interação social, os ajustes e ressignificações da personalidade ocorrem ao longo de toda vida. E o processo de socialização, ou seja, a forma como a cultura e as normas são internalizadas e como as pessoas criam significados das interações sociais, é o grande objeto de estudos dos interacionistas.

Ao contrário do que possa parecer, a teoria de Mead não sustenta o puro construtivismo social, corrente que acredita que o indivíduo é fruto da sociedade e sem características genuínas. Pelo contrário, Mead diferencia o *self*, que ele denomina *me*, do “eu” (I). O eu/I é aquilo que nos identifica enquanto únicos e singulares, é o espontâneo e instintivo. O *self/me* é que está socialmente atento à percepção dos outros. Desta forma, afasta-se a ideia de determinismo social

² Mantido no termo original em inglês, como fazem a maioria dos comentaristas. A tradução mais aproximada seria “si mesmo”.

e fica resguardada a responsabilidade de cada indivíduo por seus próprios atos (Casagrande, 2016, p. 391-392). De fato, a teoria de Mead é uma aliança que reconhece a importância das teorias individualistas e as teorias sociais da pessoa humana, justamente porque não exclui nem isola uma da outra.

Segundo o autor, ocorre a assunção de papéis sociais pelos indivíduos, que, embora de maneira diferente de acordo com a individualidade de cada um, respondem às questões sociais com uniformidade de valor. No caso de roubo, explica o autor, a resposta do policial é diferente da resposta do promotor, que é diferente da resposta da testemunha, da resposta do juiz e assim por diante; e, no entanto, todas são respostas que mantêm o reconhecimento da existência de propriedade privada. Há uma resposta comum de várias formas. E a estas “respostas comuns”, Mead denomina de “instituições”, que se relacionam com as atitudes sociais generalizadas, e que estão presentes na formação do *self* (MEAD, 1934, seção 34).

Usando a aprendizagem infantil, em resumo, uma criança toma uma atitude, isto gera uma reação social, e ela adapta e internaliza esta resposta, ajustando suas atitudes posteriores ao que dela é esperado (SILVA, 2019). Nas reiteradas interações sociais, as pessoas vão ajustando e moldando suas personalidades, de acordo com sua individualidade (I/eu), com o grupo a que pertencem e as respostas que recebe das “instituições” e “atitudes sociais generalizadas” diante alguma atitude sua (BROWN, 1952). Interessante ressaltar, entretanto, que Mead diferencia estas reações sociais das convenções e normas, uma vez que as últimas são arbitrárias e as primeiras seriam mais essenciais da natureza da sociedade.

Neste processo de interação e aprendizagem, a comunicação é o elemento essencial. A pessoa atua conforme o significado que lhe foi comunicado. Esta construção não é isolada no tempo e no espaço, emergindo do quadro determinado das ações e das relações dos indivíduos com seu grupo e seu meio. A consciência de si “emerge da relação com os outros mediante a internalização dos papéis sociais e das expectativas generalizadas da comunidade à qual o sujeito pertence” (CASAGRANDE, 2016, p. 383).

Outros autores seguiram desenvolvendo a teoria iniciada por Mead, como Herbert Blumer, Charles Cooley e Erving Goffman, sendo um dos autores mais conhecidos Howard Becker, criador da Teoria do Etiquetamento. Na psicologia experimental, embora sem a atribuição direta à teoria do interacionismo simbólico, o mais destacado foi Henri Tajfel, cujo trabalho nos estudos sobre teoria da identidade social acabou por revalidar o conceito das comunicações simbólicas de Mead.

O interacionismo simbólico é de certa forma confirmado por experimentos psicológicos. Em Harvard, foram convocadas mulheres de origem asiática para aplicação de um difícil teste de matemática. Elas foram divididas em três grupos, aos quais foi entregue um questionário para preencherem informações pessoais antes do teste. Ao primeiro grupo, o questionário fazia perguntas relacionadas a suas origens asiáticas (ascendência étnica que é identificada com habilidade matemática). Ao segundo grupo foi entregue um questionário sobre política de alojamento coletivo que intencionava acionar a identidade de mulher (grupo identificado como fraco em matemática). E o terceiro grupo recebeu um questionário neutro. Algo afetou o inconsciente delas, pois aquelas que foram orientadas a se verem como asiáticas foram melhores no teste que o grupo de controle, que por sua vez se saiu melhor que o grupo que foi orientado a se ver como mulher (MLODINOW, 2013).

A categorização e externalização inconsciente de expectativas prévias em relação a certos grupos e como isto afeta o desempenho individual também foi testado em experimentos em que professores eram previamente informados do QI de alguns alunos, e estes alunos acabavam por ter melhor desempenho em sala de aula. Mesmo inconscientemente, os professores tratavam estes alunos de maneira diferente, incentivando-os mais e esperando o melhor deles (HUND; KNAUS, 2011). Ocorre que a informação sobre o QI era falsa, os alunos foram designados de modo aleatório, demonstrando um outro fenômeno caro a alguns autores do interacionismo simbólico: o efeito Pigmaleão ou da profecia autorrealizável.

Isto tudo faz parte do fenômeno chamado por psicólogos de relações *in-groups* e *out-groups*, ou também as relações nós x eles. É um fenômeno com origem na evolução das espécies, conectado à luta por recursos e melhor chance de sobrevivência pela atuação em grupos. Outros estudos também já identificaram esta característica e verificaram que o fenômeno da “tribalização”, com a categorização no “meu grupo” em oposição ao “outro grupo” afeta inclusive a percepção visual³. Ainda, há demonstrações de que nosso inconsciente tende a gostar mais dos indivíduos do nosso grupo, mesmo sem conhecê-los pessoalmente. Em outra pesquisa, perguntaram a médicos, advogados, garçons e cabeleireiros qual era a taxa de simpatia que tinham por médicos, advogados, garçons e cabeleireiros. Médicos, garçons e cabeleireiros classificaram os integrantes das outras profissões, em média, com uma taxa de simpatia de cinquenta, enquanto atribuíram uma taxa de setenta pontos aos de sua própria profissão. Os advogados atribuíram a todas as profissões uma média de simpatia de cinquenta pontos, parecendo não terem maiores simpatias por seus próprios colegas (Mlodinow, 2013, p.146).

³ Robert Cave demonstrou, em experimentos, que as “normas grupais” afetaram a maneira do indivíduo perceber um ponto de luz (Mlodinow, 2013, p. 144-145).

Além do fato de que tendemos a favorecer membros do nosso grupo em variados aspectos sociais, mais interessante é a constatação de que estes sentimentos especiais também se manifestam mesmo quando os grupos são separados artificialmente por categorias irrelevantes. É o que acontece na famosa simulação conduzida pela professora Jane Elliott⁴, que divide sua turma em crianças de olhos castanhos e olhos azuis, fazendo uma distinção significativa entre as habilidades dos alunos com base na cor dos olhos. Por exemplo, no primeiro dia, as crianças de olhos azuis são rotuladas como boas e inteligentes, enquanto as crianças de olhos castanhos são rotuladas como ruins e não tão inteligentes. Já no primeiro dia, as crianças de olhos azuis se comportaram de modo menos respeitoso em relação aos outros colegas, inclusive utilizando a expressão *brown eyes* como se pejorativa fosse. As crianças de olhos castanhos demonstraram aceitar sua condição de inferioridade e tiveram desempenho piorado em classe. No segundo dia, aconteceu o mesmo quando as expectativas de cor dos olhos foram revertidas e a professora afirmou que havia se enganado e que as crianças de olhos castanhos eram melhores (BYRNES; KIGER, 1992).

Note-se que o interacionismo simbólico enfatiza a ideia da modulação da personalidade de acordo com a resposta social dada a uma ação. As “atitudes sociais generalizadas” reforçam e são reforçadas pelo significado cambiável de acordo com cada grupo emissor e destinatário. Os experimentos psicológicos relatados demonstram que a identidade de grupo, que pode ser algo totalmente arbitrário, gera sentimentos e reações nos indivíduos que potencializam a rivalidade grupal e guiam a atuação no sentido “nós” versus “eles”. Vejamos a aplicação destas noções na análise da atividade policial.

3 CULTURA POLICIAL (?)

Como premissa para a possibilidade de aplicação da teoria de G.H. Mead à atividade policial, é necessário primeiro verificar se existe uma cultura policial identificável ou, pelo menos, um aspecto grupal singular nos agentes de polícia.

O antropólogo Patricio Tudela, da Universidade do Chile, defende que existe um processo de socialização informal e a construção de uma identidade corporativa policial, e que estes processos são decisivos. Para o autor, esta construção da identidade policial ocorre em paralelo ao desenvolvimento formal das habilidades e capacidades nos estágios iniciais da formação profissional, onde há a incorporação dos valores corporativos. Assim, o aspirante a

⁴ Documentário “Uma classe dividida” disponível no YouTube pelo link https://www.youtube.com/watch?v=1mcCLm_LwpE

policial ingressa na corporação com certos valores prévios que vão se ajustando nos primeiros momentos de instrução e, ao longo de sua carreira, ocorre a validação do modelo de comportamento policial bem sucedido (TUDELA, 2011).

O modelo de socialização policial proposto por Tudela segue o processo preconizado por Mead (1934), embora não haja referência no estudo a este autor. A socialização no ambiente de trabalho é um processo contínuo, que leva a ajustes permanentes, decorrentes das experiências do dia a dia e causa um grande impacto social, uma vez que o trabalho de cada agente contribuirá para a formação do conceito da sociedade sobre o trabalho policial e gerará suas próprias expectativas e atitudes sociais generalizadas. É um ciclo.

Assim, Tudela defende a existência de uma cultura policial, que define como:

um sistema compartilhado de ideias, valores e crenças e um conjunto de práticas, regras e princípios de ação generalizados, aplicados em situações típicas da atividade policial (o campo policial), e isso é transmitido de um para outro e tacitamente aceito pelos membros da polícia (Tudela, 2011, p.124).

Ainda, o antropólogo chileno explica que esta cultura pode diferir entre seus membros ou grupos deles, trazendo um aspecto de uma implicação desta cultura bastante significativo: a autoimagem do grupo policial tende a construir e justificar um isolamento institucional, ou uma distância social, em que há uma certa tendência à impermeabilização à aproximação da sociedade e a possíveis controles externos. Esta ideia é igualmente compatível com a teoria de Mead e com a ideia dos interacionistas simbólicos do caráter reflexivo do comportamento grupal, em que há certa criatividade e ajustes na construção da realidade social e na maneira de atuar perante ela (DE OLIVEIRA; RON-RÉN JUNIOR, 2017).

Pesquisadores que estudam os modelos de polícia também contribuem com a ideia da existência de uma cultura policial em cada “tipo” de polícia. Quando se trata da diferenciação entre a polícia combativa e a polícia comunitária, é comum se estabelecer a diferença do modelo *law officer*, em que os policiais orientam suas ações na identificação e combate ao criminoso, e o modelo *peace officer*, em que o lado social e preventivo da polícia é mais valorizado, demandando do agente habilidades como negociação e empatia (AZEVEDO, 2003). Uma outra abordagem similar traz a conceituação do “ethos guerreiro”, com a valorização do uso da força e do combate, em oposição ao “ethos comunitário”, em que o modelo de policiamento privilegia o diálogo e a participação da sociedade (ARAUJO, 2018).

Entretanto, enquanto alguns autores enfatizam a importância da cultura organizacional e o peso que a cultura policial enverga no mau desempenho da polícia e na má conduta policial (Tudela, 2011), outros amenizam a própria existência de uma cultura policial identificável e sua efetiva influência na atividade policial (WALKER, 2007).

Com efeito, o pesquisador americano S. Walker explica que, por muitos anos, houve uma intensa literatura sobre uma subcultura policial, seu poderoso efeito no policiamento e sua influência negativa para o controle da atividade policial. Contudo, segundo o autor, pesquisas recentes descobriram que a subcultura policial é muito mais complexa e multidimensional do que se supunha em pesquisas anteriores. Segundo ele, as conclusões anteriores não se sustentam em evidências de estudos científicos, tratando-se de literatura descritiva baseada em boas intenções ou metodologias defeituosas (WALKER, 2007, p. 24).

A existência de uma cultura ou subcultura policial é contestada e existem, a cada dia, mais críticas sobre a validade e a seriedade das publicações sociológicas sobre o tema, uma vez que parecem estar essencialmente comprometidas com uma visão ideal de mundo, baseando-se muito mais em narrativas convenientes do que em dados da realidade. Entretanto, sendo ou não possível identificar uma cultura policial, é fato que o componente cultural/social está presente no comportamento de cada indivíduo e este fato não é contestado atualmente (WALSH, 2009; WALSH; BEAVER, 2009). Igualmente, o impacto da identificação do indivíduo num grupo é atestado por experimentos psicológicos e consolidado nas doutrinas psicológicas e sociológicas (GOFFMAN, 1974; MLODINOW, 2013; PETERSON, 1999a, 1999b), embora não da forma tão direta e imediata como sustentado pelo já superado Experimento de Prisão de Stanford (LE TEXIER, 2019).

O policial, como indivíduo, está inserido em um grupo, compartilha com seus companheiros as angústias e desafios diários e é receptor, junto a eles, das atitudes sociais generalizadas da sociedade diante sua atuação diária. Como proposto por Mead, estas respostas reforçam e são reforçadas pelo significado atribuído à ação policial. É um sistema complexo; porém, conhecendo-o, qual aprendizado que pode ser abstraído e levado à prática em relação ao controle externo da atividade policial e, no caso mais específico deste estudo, à abordagem policial e sua implicação no bem-estar do cidadão?

4 ABORDAGEM POLICIAL

A abordagem policial é o evento de encontro entre a polícia e o público, relacionado ou não ao combate ao crime, no qual são realizados procedimentos geralmente de identificação e

fiscalização e cujo elemento principal é a ausência de voluntariedade do abordado. De fato, ao contrário da decisão de ir à delegacia registrar uma ocorrência ou de acionar a polícia por uma necessidade ou dúvida, este contato imediato não depende da escolha dos cidadãos (DE ARAÚJO, 2008).

É também é um evento ao qual qualquer pessoa pode ser submetida, por ser uma ação respaldada em lei. Os procedimentos adotados variam de acordo com as circunstâncias e com a avaliação feita pelo policial sobre a pessoa com quem interage. Pode ocorrer, por exemplo, a interceptação de pessoas e veículos na via pública, com busca pessoal e vistoria veicular, objetivando localizar algum objeto ilícito, como drogas e arma de fogo. É igualmente uma ação policial proativa, em contraposição à ação reativa do policial quando acionado (PINC, 2007a, 2007b).

Especialmente para o policial, praticamente toda a abordagem é um episódio de resultado desconhecido, o que sempre gera alguma tensão. Por outro lado, o cidadão abordado passa por situação no mínimo importuna, na qual ele não escolheu estar, em que seu tempo será ocupado e possivelmente será submetido ao constrangimento de ter de apresentar seus documentos ao policial à vista do público, na melhor das hipóteses. Tanto a pessoa abordada quanto a população testemunha da abordagem possuem ideias e perspectivas sobre a atuação da polícia e seus critérios e métodos de abordagem, muitas delas podendo ou não se confirmar com a realidade, mas é comum gerarem estereótipos e preconceitos (De Araújo, 2008).

Por parte dos cidadãos, as expectativas de encontro com a polícia não são as mais alvissareiras. Com efeito, pesquisa da Datafolha publicada em abril de 2018 indica que 51% da população brasileira admitiu ter medo da polícia⁵. Igualmente, Xavier Pereira (2016) informa que, segundo os dados apresentados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública de 2016, 59% dos entrevistados relataram terem medo de sofrer algum tipo de violência por parte da Polícia Militar e 53% em relação a Polícia Civil. Ademais, 70% dos entrevistados acreditam que as polícias exageram no uso da violência (XAVIER PEREIRA, 2016).

A violência policial é tema recorrente da literatura acadêmica. Entretanto, alguns pesquisadores criticam esta ênfase dada à questão da violência e letalidade da atividade policial, uma vez que as publicações não contextualizam o fato de que são eventos excepcionais do dia a dia policial, embora existam e seja importante discuti-los.

Azevedo reproduz a expressão *falácia dramática* para denominar a exploração pela mídia e academia da faceta violenta da polícia, uma vez que o envolvimento do policial com a efetiva

⁵ Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/11/datafolha-aponta-que-51percent-dos-brasileiros-tem-medo-da-policia-e-47percent-confiam-nos-policiais.ghtml>

atuação de combate a crimes não corresponde sequer a 15% do tempo efetivo de trabalho da polícia. Segundo este autor, a análise das atividades dos policiais revela um profundo desconhecimento do assunto, demonstrando que aquilo que se pretende conhecido trata-se de estereótipos irrealistas. As pesquisas por ele apontadas revelam que o envolvimento do policial com armas, tiros, crimes, violência é diminuta, e que a maior parte do tempo o agente atende demandas de cunho assistencial e resolve problemas que lhe exigem negociação com pessoas. Apartar brigas de famílias e vizinhos, socorrer vítimas de acidentes e parturientes, retirar animais de vias públicas e recolher bêbados, mendigos e doentes mentais é mais representativo do dia a dia policial que o explorado na mídia (Azevedo, 2003, p. 21).

A doutora em Ciência Política pela Universidade de São Paulo Tânia Pinc reforça esta crítica. Segundo ela, a abordagem é uma ação em que o policial faz uso da força não letal, o que é em essência a atividade de rotina. E este tema é negligenciado pelos pesquisadores brasileiros, que preferem centralizar nos incidentes mais severos de coerção. Em artigo de 2007, Pinc traz dados do ano de 2005 da polícia militar paulista que demonstram que houve 6.788.065 abordagens naquele ano, e apenas 77.086 pessoas foram presas em flagrante, resultando que “em 98,8% das abordagens, o policial militar conduziu o grau de força até o limite do comando verbal” (Pinc, 2007a, p. 5). Já em outro trabalho de 2014, a autora comenta que, em 2013, foram quase 15 milhões de abordagens com menos de 1% de prisão decorrente, ou seja, 99% dos abordados não tinham relação com a criminalidade, pelo menos não naquele momento (Pinc, 2014, p. 35).

Este número é compatível com os dados da Polícia Rodoviária Federal no estado do Rio Grande do Sul que, em 2019, realizou a abordagem de 360.442 pessoas, com a prisão de apenas 3.259 indivíduos⁶.

Apesar das críticas à inflação midiática da violência conectada à atividade policial, é fato que o contato rotineiro entre polícia e cidadão nas abordagens policiais não escapa de situações problemáticas. E são inúmeras. Sem pretender esgotá-las, vejamos algumas.

Em primeiro lugar, existe a mencionada não voluntariedade de submeter-se a uma fiscalização. Esta não voluntariedade gera por si sentimento de contrariedade e impaciência, em qualquer situação. O cidadão que está envolvido com alguma ilegalidade desenvolve a sensação de medo, raiva, apreensão, estresse, preparando-se para a derrota, a reação ou a fuga. O cidadão não envolvido com criminalidade sente-se muitas vezes injustiçado, constrangido e especialmente temeroso a depender da imagem que possui da atividade policial.

⁶ Dados que não estão publicados no site do Departamento da PRF, mas foram fornecidos por contato pessoal.

Em segundo lugar, a abordagem com fiscalização demanda tempo para a análise de documentos e busca nos repositórios policiais para certificar-se de não se tratar o abordado de pessoa procurada ou de veículo irregular. Este tempo para o policial é contabilizado em sua hora de trabalho, mas para o fiscalizado representa perda de horas produtivas (Pinc, 2007b).

Em terceiro lugar, se há alguma fundada suspeita, até esta ser eliminada, a abordagem é uma atividade de risco para o policial. E havendo a necessidade de revista, a situação é tensa para quem fiscaliza e constrangedora para o fiscalizado. Um guarda-chuva pode ser uma arma, um pacote pardo pode ser droga e um movimento brusco pode ser um ataque. Por outro lado, é extremamente incômodo ter seus bens pessoais revistados e o veículo vistoriado e bastante constrangedor ter seu corpo apalpado por um estranho. A situação ainda se torna exponencialmente embaraçosa se isto se passa em público, como costuma ocorrer (Pinc, 2014).

Em quarto lugar, há um abismo entre as expectativas de comportamento de cada lado. Falhas na interpretação do comportamento e na comunicação entre as partes são responsáveis por boa parte dos desentendimentos e insatisfações durante o encontro entre a polícia e o cidadão. Há direitos e deveres a serem exercidos e cumpridos por ambos os atores. Da parte do cidadão existem regras de conduta e bom senso desconhecidas pela maioria - tema que será examinado adiante. Da parte da polícia, igualmente existe despreparo e insegurança quanto às regras de procedimento policial. Algumas corporações enfrentaram este tema. Mas a maioria ou não enfrentou ou não tornou público o resultado. A clareza das regras, das expectativas, da missão institucional e da responsabilização faz parte da chamada *accountability* policial.

5 ACCOUNTABILITY DA ATIVIDADE POLICIAL

O termo *accountability* em inglês não é unívoco e apresenta dificuldades na tradução para o português. Por tal razão, a maioria dos autores utiliza o termo em inglês.

Accountability por vezes é utilizado com o sentido de controle ou fiscalização, prestação de contas, responsabilização ou até mesmo transparência, no sentido da redução da assimetria de informações entre os agentes públicos e os cidadãos. A utilização do termo *accountability* no sentido de responsabilização é o que mais vem se consolidando na língua portuguesa. Entretanto, como alerta Homerin (2016), os termos *accountability* e *responsability* no idioma inglês não são intercambiáveis, estando a responsabilização (com uma acepção mais individual) inserida na *accountability*, que possui uma acepção mais geral e contempla também mecanismos internos e externos de controle. Da mesma forma, o termo transparência não é suficiente para dar sentido a *accountability*, porque aquela é apenas uma condição desta (HOMERIN, 2016)

Assumindo que o termo ainda não possui uma tradução satisfatória para o português, *accountability* deve ser entendida como um amálgama entre os termos ingleses *answerability*, que é a transparência e a prestação de contas, e *enforcement*, que é a possibilidade de uma imposição de sanção, a responsabilização. Além disto, deve ser considerado também o paradigma da expressão anglo-saxônica *meaningful accountability*, que pressupõe que as atividades de controle não se resumam a garantir uma mera obediência às normas vigentes, mas sim o atendimento à “missão precípua da organização” (Homerin, 2016, p. 14).

Para S. E. Walker e Archbold (2018), o significado central da *accountability* policial está conectado ao princípio básico democrático de que a polícia deve prestar contas ao público. Apenas em regimes totalitários as polícias estão à inteira disposição do líder supremo e não estão submetidas a mecanismos institucionais de fiscalização. A *accountability* policial possui duas dimensões, segundo estes autores. A primeira é estabelecer que as agências policiais prestem contas e sejam responsáveis pelos serviços que oferecem (controle de criminalidade, manutenção da ordem etc.), mantendo contato e direcionando o trabalho em benefício da sociedade. A segunda dimensão estabelece a responsabilidade individual de cada agente policial por seus atos e pela maneira que trata o cidadão, especialmente no manejo de uso da força e no respeito à dignidade humana (S. E. Walker & Archbold, 2018, p. 10-11).

Como alertam Bueno e outros pesquisadores (2019), pouco se discute na literatura especializada brasileira sobre a discricionariedade do policial no exercício de sua atividade. Quando se visualiza que o agente estatal pode decidir sobre a vida, a morte e a liberdade de um cidadão, o controle desta discricionariedade é realmente desafiador na implementação de uma política pública (Bueno, Lima, & Teixeira, 2019, p. 796). E, como em qualquer outro ordenamento jurídico, a mera existência de uma lei ou estatuto válido não elimina a má conduta das pessoas, muito menos os padrões de comportamentos desviados de agentes policiais, como comprova Turner (1999), após a análise de legislação federal americana desde a década de 1940 (Turner, 1999, p. 1004).

Segundo S. Walker (2007), a *accountability* é um elemento vital do policiamento americano. Naquele país há uma consciência consolidada de que os agentes e as organizações devem ser responsabilizados por suas ações por meio de procedimentos eficazes, que garantam a legalidade e legitimidade da instituição. A *accountability* inclui tanto o que a polícia faz quanto seu desempenho. A responsabilidade em nível individual envolve a conduta dos policiais com relação ao tratamento legal, respeitoso e igualitário dos cidadãos. O autor também relata a existência dos Sistemas de Intervenção Precoce (EIS), que envolvem um banco de dados informatizado sobre o desempenho dos agentes, permitindo a identificação de policiais com

problemas recorrentes de desempenho (por exemplo, altas taxas de uso da força, reclamações dos cidadãos etc.). Os policiais identificados são submetidos a intervenções formais, como aconselhamento e reciclagem, sendo conclamados a corrigir os problemas identificados (S. Walker, 2007, p. 1).

No Brasil, a noção de *accountability* policial é a base para a criação das Ouvidorias de Polícia. As ouvidorias partem do pressuposto de que os que possuem mandato ou poder precisam responder e ser responsabilizados por suas ações. Alguns pesquisadores, como J.P. Araújo (2018), limitam a acepção de *accountability* à noção de prestação de contas, entendendo que ela diz respeito apenas a eventos passados, “sobre escolhas feitas no passado e, se é *accountable*, sobre um determinado conjunto de coisas estabelecidas por um mandato específico” (Araújo, 2018, p. 58). Outros, entretanto, ampliam para necessidade de regramento claro, legítimo e conhecido da atividade policial.

Para Tudela (2001), a função policial é uma das mais complexas e difíceis em qualquer sociedade e, em contextos democráticos, a autoridade e a prática policial devem ser embasadas no estado de direito. Entretanto, existe o componente de discricionariedade que deve estar presente, mas deve ser de alguma forma regulado, o que demanda especialmente orientação, instrução e constante treinamento (Tudela, 2011, p. 77).

De Araujo (2008) problematiza o fato de que o policial, na maior parte do tempo, realiza suas funções sem supervisão ou acompanhamento de um superior. Desta forma, quando o policial adota condutas indevidas, do ponto de vista procedimental, estas não são corrigidas e há uma tendência a serem incorporadas e naturalizadas, causando riscos ao cidadão e ao próprio policial.

Para S. E. Walker e Archbold (2018), um sistema efetivo de *accountability* policial requer que os departamentos tenham clara e detalhada a política sobre todos os incidentes críticos, assim considerados os encontros policiais envolvendo a vida, a liberdade e o bem-estar das pessoas. Estas políticas comporiam guias e manuais escritos que respaldariam a atuação policial, esclarecendo como o agente deve ou não deve atuar. Exige-se também que haja um relato escrito após cada incidente crítico (WALKER; ARCHBOLD, 2018, p. 14). Os autores enfatizam a ideia de responsabilidade, de controle e participação qualificada do destinatário do serviço, razão pela qual orientam que estes manuais sejam disponibilizados ao público. Para eles, pessoas que conhecem e entendem como legítima a atividade policial tendem a obedecer e se alinhar melhor (p. 12).

Nenhum sistema de controle interno pode ser eficaz sem padrões claros, explícitos e

conhecidos do pessoal da polícia. Mesmo quando existe uma definição clara do que é proibido e os procedimentos e regras a serem seguidos são definidos com precisão, a discricção com a qual os responsáveis pela área de assuntos internos podem atuar pode gerar uma imagem incerta ou anômica sobre a política e Desempenho institucional. Dessa forma, também é importante que todo o processo seja transparente, ou seja, perfeitamente móvel, desde o momento da detecção, vigilância e investigação até a imposição das sanções necessárias (Tudela, 2011, p. 46).

Em relação ao uso da força, a maioria das corporações adota em seus manuais a orientação do uso progressivo, havendo inclusive lei nacional que disciplina ser ilegítimo o uso de arma de fogo contra pessoa ou veículo em fuga, exceto quando representem risco de morte ou lesão aos policiais ou a terceiros⁷. Em resumo, a medida da força está diretamente relacionada à reação ofensiva, seguindo o quadro básico abaixo (Pinc, 2007a, p. 4, ilustração 2):

Resistência pelo Uso da Força Contínua e Níveis de Resposta Nível (Tabela 1)

Nível de Resistência do Suspeito	Nível de Controle da Força Usada pelo Policial Presença
Presença do suspeito	Posição de abordagem
Resistência verbal	Comando verbal
Resistência passiva	Técnicas de condução de preso
Resistência defensiva	Agentes químicos
Resistência física ativa	Táticas físicas/outras armas
Uso de arma de fogo e força letal	Uso de arma de fogo e força letal

Esta tabela se conjuga com o definido no Manual de Prática Policial da Polícia Militar de Minas Gerais (PM-MG, 2002, p. 49-50), que enquadra os suspeitos nas seguintes situações: a) normalidade, que é a situação rotineira do patrulhamento; b) cooperativo; c) resistente passivo, quando ele não oferece resistência física, mas não acata as determinações; d) resistente ativo, quando há um desafio físico, como tentar fugir empurrando o policial ou vítimas; e) agressão não letal, quando há resistência ativa e hostil, culminando com um ataque físico; f) agressão letal. E a partir daí o manual orienta as condutas em semelhança ao quadro acima.

De acordo com Pinc (2007b), é papel determinante da instituição policial facilitar e orientar o seu agente a agir da melhor maneira possível, por meio de guias de comportamento que descrevam as possíveis situações e orientem a conduta adequada a seguir. A autora cita os manuais da polícia militar paulista denominados “POPs” (procedimentos operacionais padrão). Segundo ela, o POP paulista é um documento que tem caráter oficial, mas não é impositivo, respeitando a autonomia do policial diante da imprevisibilidade inerente à atividade. Porém, ele

⁷ Lei 13.060/2014.

tende a “reduzir a margem de erro policial à medida que trata das situações cotidianas com riqueza de detalhes e orienta a forma ótima de agir, sem inibir a discricionariedade do policial” (p. 6).

O POP paulista não está disponível abertamente na internet, diferentemente do POP Abordagem da Polícia Militar do Mato Grosso do Sul. Embora este não se encontre em sítio oficial da corporação, é facilmente acessível na internet⁸. Neste documento, em formato didático de formulário com algumas ilustrações, existem inclusive descrições de atitudes suspeitas (Louveira, Martins dos Santos, & Furtado de Oliveira, 2013, p. 15-16). Sobre a *busca pessoal*, ao final da descrição da *sequência de ações* há a orientação para:

Após a busca pessoal, se verificado que o revistado é pessoa idônea e que não possui antecedentes criminais, tampouco está em posse de objetos ilícitos, explicar a finalidade da abordagem. Colocar-se à disposição e agradecer a cooperação (LOUVEIRA; MARTINS DOS SANTOS; FURTADO DE OLIVEIRA, 2013, p. 20).

Ainda, na sessão *ações corretivas*, orienta que “Se ao término da revista, a pessoa revistada reagir com desaprovo ao procedimento policial, de forma educada, procurar elucidá-lo da importância e necessidade da ação”. Há também a previsão de procedimento de vistoria veicular, em que determina, por exemplo, que o motorista deverá acompanhar visualmente a busca em seu veículo (p. 39).

Embora igualmente de difícil acesso via internet, o POP da Polícia Militar de Goiás traz inclusive a orientação aos policiais sobre abordagem a pessoas com deficiência auditiva, indicando os principais gestos de linguagem de sinais (Teixeira & Campos, 2019, p. 5).

Digno de elogio é o Manual de Prática Policial da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, disponível abertamente na internet⁹ e veiculado na corporação oficialmente pela Resolução 3664/2012. Trata-se de um material bastante completo e fundamentado, com textos didáticos com ilustrações e orientação de conduta para diversas situações possíveis na atividade policial. Inicia-se trazendo uma reflexão que nomeia de *tática individual*, convidando o agente a refletir sobre quem ele é, seu papel na sociedade e qual a melhor maneira de executar seu trabalho.

O policial é, entretanto, um cidadão comum da sociedade, diferenciado apenas pela sua qualificação e pelo fato de ser um cidadão a serviço da população. Imprescindível se faz o questionamento constante quanto às consequências dos atos que os policiais praticam, enquanto encarregados de fazer cumprir a lei (...) Primeiramente, do ponto de vista da

⁸ Disponível mediante cadastro prévio em <https://www.academia.edu/26906247/POP-Abordagem>

⁹ Disponível em http://www.errogrupo.com.br/v4/pt/wp-content/uploads/2013/07/Manual-de-pr%C3%A1tica-policial-Resolucao_3664.pdf

pessoa humana, as atitudes que fogem ao contexto ético são testemunhas de falta de sensibilidade para com o próximo, além de caracterizar falta de profissionalismo. O clichê “trate os outros como gostaria que tratassem você” ainda é bastante atual, sobretudo na profissão que escolhemos, haja vista que as situações em que somos chamados a atuar coloca-nos em contato com pessoas fragilizadas, vulneráveis, ainda que apenas naquele momento (PM-MG, 2002, p. 5).

Como é de se esperar, o manual se concentra mais na orientação da atividade em ações críticas de avaliação de cenário, ponderação do uso da força em situações de ameaça ou agressão e abordagens de maior risco. Entretanto, há variados alertas para que o policial não cometa erros de interpretação por avaliar apressadamente uma situação como potencialmente de risco. É o caso em que orienta o policial a continuar os comandos verbais e, com segurança, aproximar-se da pessoa abordada, sem iniciar um procedimento de uso da força mais incisivo até se assegurar de que não se trata de uma pessoa com deficiência auditiva. Ele também orienta o cuidado especial com a linguagem, pois “alguns policiais acreditam que, utilizando uma linguagem vulgar, “chula” e ameaçadora, desencorajaram a resistência do suspeito. Diálogos dessa natureza causam espanto e demonstram falta de profissionalismo” (PM-MG, 2002, p. 56).

Novamente, quando orienta a abordagem ao suspeito, o manual oferece uma grande lição de atuação eficiente e sensível ao policial:

Quando interagimos com outras pessoas, somos voltados à proteção de nossa autoestima e, algumas vezes, chegamos ao extremo para defendê-la. As pessoas, inclusive os infratores, querem ser tratadas com dignidade. Algumas podem reagir fisicamente para alcançar isso. Ao confrontar-se com um suspeito, você inibe não apenas a sua liberdade, mas também o seu ego, seu componente psicológico mais importante. Quando o policial exerce a sua autoridade sobre o suspeito para obrigá-lo a cumprir a sua vontade e não a dele, automaticamente o diminui. Se você se porta de modo dominador, insultante, depreciativo ou com ações que o deixam sem opções ou o façam parecer covarde na frente das pessoas que são importantes para ele, fará com que acredite que a violência é a única forma de defender o seu ego. Esta opção pode ser evitada se você compreender e, com perspicácia, manipular a dinâmica humana (PM-MG, 2002, p. 62-63).

A orientação da conduta de abordagem ao suspeito segue chamando atenção sobre cuidados com o espaço pessoal do abordado, a postura aberta após a avaliação de baixo risco de agressão, o tom de voz a ser utilizado, a necessidade de comandos verbais claros, com a fala pausada e de se evitar o uso de gírias, apelidos e brincadeiras. Igualmente orienta que o policial não se deixe descontrolar por um comentário ofensivo ou uma má conduta do suspeito. É um conteúdo valoroso, que poderia ser complementado apenas com a necessidade de, antes da liberação do cidadão por ausência de ilegalidade, explicar-lhe o motivo da abordagem e agradecer-lhe pela cooperação, como faz o manual da PM-MS.

No âmbito federal, a Polícia Rodoviária Federal também conta com manuais de

procedimentos policiais, que orientam o agente em como proceder nas mais diversas situações de combate à criminalidade ou irregularidades de trânsito, bem como instrução sobre abordagem. Porém, o material não está acessível ao público¹⁰.

6 SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA POLÍCIA VERSUS SOCIEDADE E ADOÇÃO DE UM MODELO COLABORATIVO

Retoma-se agora a discussão inicial do artigo: qual lição do interacionismo simbólico de Mead pode ser útil ao controle externo da atividade policial e à própria atividade da polícia? A resposta está no fundamento central da teoria: a personalidade e o comportamento são moldados através dos significados atribuídos nas interações sociais repetidas, em que há ajustes e reforços a depender de cada episódio de integração e experiências vividas. É um movimento cíclico e não individual, acirrado quando há identificação de pertencimento a um certo grupo, como demonstram os experimentos relatados anteriormente.

A lição que se extrai é fundamentalmente a necessidade de se desfazer a visão de grupo ou ao menos amenizá-la. O reforço da existência de um “grupo polícia” versus um “grupo sociedade” faz gerar em cada indivíduo a retomada de um sentimento ancestral e mitológico de tribalismo (PETERSON, 1999b), em que há meu grupo, minhas ideias, meus valores e minhas defesas em relação ao outro grupo, às suas ideias e aos seus valores. O diálogo é dificultado, assim como a busca por um denominador comum. O distanciamento de grupos pode fazer com que o policial não se reconheça na sociedade, assim como a sociedade não reconheça o policial como parte integrante dela.

Os experimentos expostos anteriormente podem gerar a sensação de que a tentativa de aproximação da polícia e da sociedade seja uma causa perdida, afinal a identificação com grupos e a rivalização entre eles é um traço humano social-evolutivo. Entretanto, outras pesquisas sugerem que os estereótipos inconscientes podem ser superados, assim como a discriminação inconsciente. Em outro experimento famoso, estudou-se a formação e a união de um grupo de meninos, e como se forma a rivalização com outro grupo semelhante. Após crescente acirramento de disputas entre os grupos, foi tentada uma aproximação entre eles; os pesquisadores, contudo, perceberam que o mero contato não reduziu a atitude negativa de cada

¹⁰ No dia 21 de janeiro de 2019, a autora enviou e-mail, conforme orientação na página web da PRF, ao setor de comunicação do departamento, solicitando informações de abordagem e prisão e perguntando sobre a disponibilização dos manuais, porém até o envio para submissão editorial deste artigo, não houve resposta.

grupo em relação ao outro. O que de fato os aproximou foi a tática dos diretores do experimento de estabelecer desafios que só poderiam ser superados se os grupos atuassem juntos (Mlodinow, 2013, p. 152-153).

Segundo constatações dos próprios pesquisadores, a mudança no padrão de interação entre os grupos somente foi possível quando ambos possuíam objetivos em comum e perceberam que é vantajoso trabalhar juntos (Mlodinow, 2013, p. 152-153). O objetivo do sujeito criminoso é oposto ao objetivo da polícia, situação inconciliável, exceto em relação ao tratamento em conformidade com o que estabelecem as convenções e normativas de direitos humanos. Entretanto, o objetivo do cidadão não criminoso e o objetivo do policial é o mesmo: em síntese, uma sociedade com mais segurança pública. O objetivo é comum e basta agora concertar o trabalho em conjunto.

Primeiramente, há a necessidade de real *accountability* que supere apenas o conceito de ouvidorias e análises posteriores das más condutas denunciadas, o que controle externo pode cobrar. A existência de regras claras e a transparência são pressupostos da *accountability*. É necessário que sejam estabelecidos, de forma clara e suficiente, padrões de ação desejados ou recomendados, sob pena de sua ausência torna-se uma fonte potencial de má conduta. Um policial que desempenha suas funções sem ter critérios claros e conhecidos tende a aplicar os critérios e as considerações pessoais ou de seus colegas próximos, o que pode não ser o mais acertado (Tudela, 2011, p. 103). É recomendável e necessário que cada departamento/corporação policial possua um manual formalizado de procedimentos.

A própria existência dos manuais de procedimento padrão, como o POP paulista, não garante a sua aplicação ideal. O estudo de Observação Social Sistemática sobre abordagem da PMSP realizada por PINC (2007a) mostrou, por exemplo, que 79% dos policiais observados atuaram de forma negligente com a segurança própria, deixando de observar as normas de segurança quanto a aproximação ao veículo e resguardo da própria arma (p. 15). Assim como identificou atuações que podem ser consideradas abusivas, como a de não colocar a arma no coldre após a verificação de não se tratar de suspeito, e de se apontar arma indevidamente. Isto gera sensação de insegurança e desconfiança da população em relação ao trabalho policial. Assim, é imprescindível que estes manuais tenham um valor formal na instituição e que haja atualização, treinamentos periódicos e cobrança de obediência aos seus preceitos.

Em segundo lugar, transparência é essencial. Os manuais devem ser publicizados. É importante para o cidadão saber o que esperar de uma abordagem e o que cobrar a respeito de eventuais excessos. Existe, como mencionado, uma grande dúvida em geral da população sobre o que o policial pode ou não fazer. Há também um desencontro de expectativas, cujo desagrado

decorrente poderia ser amenizado se houvesse mais conhecimento da população sobre o tema. Por exemplo, ter conhecimento que, em uma abordagem a veículo com vistoria, é padrão que as pessoas ocupantes sejam deslocadas para o lado do acostamento para a revista do carro, reduziria o constrangimento do abordado com a situação. Aproximar do cidadão a ideia de que ser abordado é uma situação recorrente da cidadania, sem que se faça associação a criminosos.

Este é papel que pode ser assumido diretamente e de maneira centralizada pelo controle externo da atividade policial, cobrando-se a manualização das condutas de abordagem e comportamento perante o cidadão. Não se trata de revelar estratégias de atuação ou qualquer outra informação que possa colocar o policial em risco, mas de tornar público o que se espera do policial conforme os melhores preceitos de *accountability*.

Essas medidas, no entanto, não são suficientes.

A ideia de grupos com interesses antagônicos na relação entre a polícia e a sociedade não deve existir, ou ao menos deve ser mitigada. Cada policial é um cidadão e, nesta condição, sabe o que é sentir-se vulnerável ao enfrentar o desconhecido. A publicização dos procedimentos e a *accountability* policial amenizaria para o cidadão a sensação de vulnerabilidade ao ter conhecimento do que esperar de um encontro policial. Mas a verdade é que o cidadão - inclusive o membro do Ministério Público responsável pelo controle externo - não conhece o dia a dia da polícia, suas próprias vulnerabilidades e aflições. O cidadão médio tem a imagem da polícia construída por uma fantasia *hollywoodiana* ou por um pesadelo dos programas jornalísticos policiais.

E a primeira providência para a criação da empatia é reconhecer o policial como parte da sociedade. Conhecer as dificuldades de seu trabalho e adotar atitude colaborativa. Um cidadão colaborador gerará no próprio policial a segurança de poder bem atuar conforme a prescrição de seu manual de procedimentos. Cada qual sabedor de sua parte no ato, de seus direitos e de seus deveres também.

Existe um código de conduta não escrito também para o cidadão abordado, baseado tanto em suas obrigações legais quanto no bom senso. De acordo com suas obrigações legais, por exemplo, deve identificar-se ou fornecer todos os dados necessários para isto. De acordo com o bom senso, por exemplo, não deve realizar movimentos bruscos enquanto estiver sendo abordado. A grande maioria das pessoas, todavia, desconhece este código de condutas e parte delas tampouco se atenta para o bom senso que deveria ser natural.

Há algumas iniciativas publicadas, como o material do GAECO do Ministério Público do Paraná e que orienta o cidadão sobre direitos e deveres nas abordagens policiais¹¹. Em específico, o MP indica como o cidadão deve agir em caso de abordagem, trazendo instruções como de manter as mãos visíveis, não usar palavras agressivas, não tocar o policial, dentre outras orientações. No entanto, há necessidade de o cidadão ativamente procurar estas orientações e geralmente isto apenas ocorre após algum incidente malgrado na abordagem policial. Outros materiais publicados e distribuídos, geralmente por defensorias e ONGs, abordam majoritariamente os direitos do cidadão; pouco ou nada orientam sobre os deveres ou como melhor colaborar com o ato da abordagem policial.

A sugestão é a criação de conjunto de orientações na forma, por exemplo, de um manual do cidadão, que poderia ser distribuído em eventos públicos e principalmente constar em currículos escolares ou em eventos especiais de conscientização nas escolas. Poderiam igualmente realizar-se parcerias para criação de materiais publicitários e inserções da temática em produções nacionais, como novelas. Este material deverá ser criado em conjunto com representante da sociedade, Ministério Público e instrutores de abordagem das escolas de treinamento policial.

Ainda mais simples é articular com Departamento Nacional de Trânsito para que o conteúdo sobre procedimentos em abordagem policial faça parte do currículo obrigatório no curso de formação de condutores. Embora a abordagem a veículo ocorra de forma bastante recorrente, ainda são usuais situações de motoristas sem nenhum preparo para situações de fiscalização. Há regras de conduta simples e orientações de bom senso que podem fazer parte do treinamento do motorista que estão além das situações tipificadas como infração de trânsito.

A abordagem policial sempre gerará tensão, tanto no cidadão abordado quanto no cidadão policial. Mas o fortalecimento da noção de que não existe antagonismo nos objetivos essenciais da polícia e da sociedade, além da criação da empatia com o conhecimento e compromisso do papel de cada um, certamente colaborará para um maior bem-estar cidadão e um fortalecimento da segurança pública. Nas palavras de Tânia Pinc:

Neste sentido, dois fatores podem contribuir para que a abordagem policial deixe de ser um encontro desconcertante: aumentar o preparo profissional do policial militar; e ampliar o conhecimento do cidadão sobre esse encontro, tanto no que se refere às razões pelas quais ele ocorre, quanto sobre a maneira como deve se comportar durante a abordagem (Pinc, 2007b, p. 20).

¹¹ Disponível em <http://www.gaeco.mppr.mp.br/pagina-61.html>

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O membro do Ministério Público deve evitar o dualismo simbólico polícia *versus* cidadão tanto em sua atuação no controle externo quanto em sua atuação criminal, conhecendo e compreendendo a atividade policial e a atividade do policial. Reconhecer o policial como cidadão e atuar para mitigar os efeitos psicológicos negativos do “tribalismo”, em que se distancia a polícia do cidadão e vice-versa, é uma postura essencial.

Na atuação como controle externo é também importante o estabelecimento de enunciados que delimitem o poder de polícia e sejam dirimidas dúvidas, tanto do cidadão como do policial. Por exemplo: é permitida a filmagem da abordagem? É possível se pedir que o abordado coloque a senha no celular para fiscalização? O policial pode filmar o cidadão? Enunciados claros desta natureza geram segurança jurídica, essencial para uma função em que a prevaricação e o excesso são constantes sombras ameaçadoras do fino equilíbrio ideal.

O manual de procedimentos da PM-MG é um exemplo a ser seguido. Trata-se de material que poderia ser replicado, especialmente suas lições de humanidade e empatia. As reflexões constantes do manual e que foram aqui expostas poderiam ser adaptadas para reflexão do próprio indivíduo e de seu papel de cidadão no controle da segurança pública.

Entender o comportamento humano é uma tarefa difícil. Não existem respostas fáceis e nada é tão seguro nem preciso. Teorias e experimentos psicológicos/sociológicos que pareciam inovadores e se julgavam definitivos são hoje alvo de críticas e mesmo acusações de fraudes, como o Experimento da Prisão de Stanford¹². A cada avanço da ciência, entretanto, mais luzes são colocadas sobre o comportamento humano e sobre as estratégias de composição de conflitos. No caso da teoria de G.H. Mead, seu eixo central nunca foi afastado. Vários outros pesquisadores utilizam sua base interacionista como ponto de apoio ao desenvolvimento de outros estudos. A ideia da sociedade e cultura como fator de modulação da personalidade é praticamente unânime entre os teóricos sociais e pesquisadores psicólogos, o que muda é apenas o grau de influência.

Aplicar este conhecimento é garantir uma sociedade mais segura, mais solidária e menos conflitiva. Este é nosso objetivo.

¹² <https://www.vox.com/2018/6/13/17449118/stanford-prison-experiment-fraud-psychology-replication>

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, J. P. *Controle externo, participação e accountability: dilemas e desafios da “Ouvidoria das UPPs”*. [s.l.] Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2018.

AZEVEDO, M. A. Concepções sobre Criminalidade e Modelos de Policiamento. *Psicologia Ciência e Profissão*, v. 23, n. 3, p. 18–25, 2003.

BROWN, J. C. An Experiment in Role-Taking. *American Sociological Review*, v. 17, n. 5, p. 587–597, 1952.

BUENO, S.; LIMA, R. S. DE; TEIXEIRA, M. A. C. Limites do uso da força policial no Estado de São Paulo. *Cadernos EBAPE.BR*, v. 17, n. spe, p. 783–799, nov. 2019.

BYRNES, D. A.; KIGER, G. Prejudice-Reduction Simulations: Ethics, Evaluations, and Theory into Practice. *Simulation & Gaming*, v. 23, n. 4, p. 457–471, 1992.

CASAGRANDE, C. A. Interacionismo Simbólico, Formação do Self e Educação: Uma Aproximação ao Pensamento de G. H. Mead. *Educação e Filosofia*, v. 30, n. 59, p. 375–403, 2016.

DE ARAÚJO, J. C. R. *Abordagem Policial: conduta ética e legal*. [s.l.] Universidade Federal de Minas Gerais. Curso de Especialização em Estudos de Criminalidade e Segurança Pública, 2008.

DE OLIVEIRA, M. D. C. L.; RON-RÉN JUNIOR, R. C. Agência e discricionariedade na prática policial. *Revista Brasileira de Linguística Aplicada*, v. 17, n. 4, p. 759–775, 1 out. 2017.

GOFFMAN, E. *Manicômios, Prisões e Conventos (Asylums)*. Coleção De ed. São Paulo. Brasil: Editora Perspectiva, 1974.

HOMERIN, J. C. *Impossível tradução termo accountability para o português*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. Escola de Administração., 2016.

HUND, A.; KNAUS, K. (Re)Imagining Teacher Preparation Through Symmolic Interactionism. *Complicity: An International Journal of Complexity and Education.*, v. 8, n. 1, p. 51–57, 2011.

LE TEXIER, T. *Debunking the Stanford Prison Experiment*. [s.l.] American Psychological Association (APA), 2019. Disponível em: <<https://www.gwern.net/docs/psychology/2019-letexier.pdf>>.

LOUVEIRA, R.; MARTINS DOS SANTOS, E.; FURTADO DE OLIVEIRA, E. *Manual De Procedimentos Operacionais Padrão – POP. PM/MS. Estado do Mato Grosso do Sul. Comando Geral da Polícia Militar.*, , 2013.

MEAD, G. H. *Mind, Self, and Society: From the Standpoint of a Social Behaviorist*. Chicago: The University of Chicago Press, 1934.

MLODINOW, L. *Subliminar: Como o inconsciente influencia nossas vidas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

PETERSON, J. B. *Maps Of Meaning. The Architecture Of Belief*. New York: Routledge, 1999a.

PETERSON, J. B. Neuropsychology and Mythology of Motivation for Group Aggression. In: *Encyclopedia of Violence, Peace, and Conflict*. [s.l.] Academic Press, 1999b. v. 2p. 529–545.

PINC, T. *Abordagem Policial: avaliação do desempenho operacional frente à nova dinâmica dos padrões procedimentais*. [s.l: s.n.].

PINC, T. Abordagem policial: um encontro (des)concertante entre a polícia e o público. *Revista Brasileira de Segurança Pública* , v. 1, n. 2, p. 6–23, 2007b.

PINC, T. Por que o Policial Aborda? Um estudo empírico sobre a fundada suspeita. *Confluências | Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, v. 16, n. 3, p. 34, 20 nov. 2014.

PM-MG. *Manual-de-prática-policial-Resolucao_3664/2002.* . 2002.

SILVA, F. C. DA. G. H. Mead. Ciência Experimental, Consciência Social e Democracia Participativa. In: *Lições de Sociologia Clássica*. [s.l.] Edições 70, 2019. p. 423–454.

TEIXEIRA, R. DE A.; CAMPOS, D. S. *A visão do cidadão sobre a abordagem policial militar*. Goiania: [s.n.]. Disponível em:
<<https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/handle/123456789/2325>>.

TUDELA, P. *Policía, accountability y control interno: líneas de acción para un mejor desempeño policial*. [s.l.] Fundación Paz Ciudadana, 2011.

TURNER, J. P. Police Accountability in The Federal System. *McGeorge Law Review*, v. 30, n. 3, p. 999–1017, 1999.

WALKER, S. *Police Accountability: Current Issues and Research Needs*. [s.l.: s.n.].

WALKER, S. E.; ARCHBOLD, C. A. *The New World of Police Accountability*. 3. ed. [s.l.] SAGE Publications, 2018.

WALSH, A. *Biology and Criminology*. The Biosocial Synthesis. 1st. ed. New York: Routledge, 2009.

WALSH, A.; BEAVER, K. M. Introduction to Biosocial Approach. In: WALSH, A.; BEAVER, K. M. (Eds.). *Biosocial Criminology*. New Directions in Theory and Research. London and New York: Routledge, 2009. p. 7–28.

XAVIER PEREIRA, F. *Do controle social ao desvio de conduta: Uma Análise do Comportamento Policial Militar em Belo Horizonte*. [s.l.] Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

Método APAC: um olhar crítico em defesa do estado de direito e da sociedade

Marcos Eduardo Rauber

Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

As fragilidades e o subdimensionamento do sistema prisional brasileiro, provocadas por políticas de desencarceramento e por vários anos de deliberada falta de investimentos públicos, fomentaram o caos e propiciaram que facções criminosas assumissem o controle da maioria das unidades prisionais brasileiras, aproveitando-se do vácuo de poder resultante da omissão estatal. Nesse contexto, vem ganhando força a proposta de cumprimento de penas apresentada pelas APAC – Associações de Proteção e Assistência aos Condenados, paulatinamente disseminada pelo País com apoio governamental, inclusive de setores do Ministério Público e do Poder Judiciário, para os quais a implantação da metodologia APAC tornou-se praticamente um dogma, um verdadeiro totem do politicamente correto em matéria de execução penal.

Contudo, a partir de leituras sobre o assunto (com destaque ao estudo elaborado pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais do Ministério Público do Estado do Paraná - http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/Estudo_APACs_compilado.pdf) e de informações colhidas em visita à APAC do Município de Barracão – PR, entende-se pertinente elencar – a título de alerta e contraponto – razões jurídicas e práticas que abalam a aura de infalibilidade daquela metodologia e levantam ressalvas à sua implementação generalizada.

Primeiramente, observa-se que o método APAC supervaloriza a busca da *ressocialização* dos condenados (eufemisticamente chamados *reeducandos* ou *recuperandos*), que nem de longe é escopo preponderante da pena. Esta, como se infere do próprio nome (*pena*, de penar, infligir sofrimento) tem por função primordial punir, castigar, retribuir o mal causado pelo crime, exprimindo-se nesse aspecto o caráter retributivo da sanção penal. Além disso, a sanção penal encerra finalidade marcadamente preventiva, eis que destinada a intimidar os propensos à

prática de infrações penais pela exemplaridade (prevenção geral) e desencorajar a reincidência do condenado (prevenção especial), retirando-o do convívio social (neutralização temporária) e induzindo-o a refletir sobre o futuro a partir da experimentação das consequências negativas da condenação criminal. Somente neste último aspecto, o cumprimento da pena guarda alguma relação com o que se convencionou chamar impropriamente de *ressocialização*.

No mais, a imposição e cumprimento de penas destinam-se a restaurar a higidez da ordem jurídica transgredida pelos crimes e manter níveis mínimos de segurança pública, inibindo a reiteração criminal. Por conseguinte, pergunta-se: que criminoso se sentirá seriamente punido e/ou efetivamente intimidado e desencorajado de delinquir ante a perspectiva de que, em sendo processado e condenado, ser-lhe-á oportunizado o cumprimento de sua pena privativa de liberdade (nem tão privativa assim!) no recinto de uma APAC, onde, por exemplo, poderá ter acesso a confortável suíte para “visita íntima”, com pernoite; nem será vigiado por agentes armados e estará sujeito a regras internas de disciplina, sob “fiscalização” de seus probos e isentos companheiros? Poucos ou mesmo nenhum, sobretudo em se tratando de condenados por crimes de cunho econômico ou patrimonial (furto, roubo, estelionato, tráfico de drogas, corrupção e peculato, p.ex.), que sopesam racionalmente as vantagens e desvantagens da ação criminosa e são impulsionados à reincidência quando a equação indica alta probabilidade de impunidade ou punição leniente.

Ainda quanto à excessiva ênfase na *ressocialização*, impossível deixar de consignar que a LEP (e tampouco qualquer outro diploma legal) impõe ao Estado o dever de promover e alcançar a *ressocialização* do apenado. Na verdade, rege a legislação que “*A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*” (art. 1º da LEP). Trata-se, pois, de previsão normativa que indica apenas uma meta ou resultado desejável da execução penal, estabelecendo obrigação de meio (*proporcionar condições*), não de resultado (*harmônica reintegração social*).

Nesse passo, releva destacar que o entendimento segundo o qual o Estado teria poder-dever de interferir na esfera individual do cidadão a ponto de forçar o indivíduo inadaptado ao convívio social a tornar-se um *gentleman* cumpridor das leis, exprime pensamento totalitário, que pretende atribuir e reconhecer ao estamento governamental o poder de invadir e remodelar coercitivamente a esfera psíquica, emocional e moral do cidadão, o que não se coaduna com os postulados do Estado Democrático de Direito. De qualquer sorte, seria mesmo inócuo atribuir à *ressocialização* a condição de efeito principal e legitimador da pena criminal, porque: 1º) nem todos os condenados realmente necessitam de *ressocialização*, já que plenamente socializados

(criminosos de “colarinho branco”, empresários, políticos, profissionais com formação de nível superior, que frequentaram as melhores escolas, universidades e altos círculos sociais); 2º) há criminosos considerados pela psiquiatria como irrecuperáveis¹, como os sociopatas/psicopatas ou portadores de transtorno de personalidade antissocial, desprovidos de empatia, escrúpulos e capacidade de arrependimento; 3º) abandonar a senda do crime é atitude que depende, principalmente, de decisão personalíssima do apenado, resultante da força de vontade (liberdade de autodeterminação) e consciência moral do agente.

Em segundo lugar, a metodologia apaqueana propõe uma espécie de esquecimento forçado do passado criminal dos apenados nela recolhidos, proibindo expressamente em suas dependências qualquer referência aos crimes originadores das respectivas condenações. Tanto que as APAC estampam, em locais visíveis, a sentença “*aqui entra o homem e o crime fica de fora*”. Ora, a tão almejada *ressocialização* pressupõe forte sentimento de culpa pelo mal causado a outrem e à sociedade, o qual resulta em vergonha e arrependimento (exceto nos sociopatas/psicopatas ou portadores de transtorno de personalidade antissocial, já mencionados anteriormente). Para tanto, é imprescindível trazer reiteradamente à memória os crimes cometidos e todas suas consequências deletérias. Entretanto, paradoxalmente, a metodologia apaqueana nivela os apenados e trata-os como se fossem todos cidadãos de boa índole, que, quando muito, incorreram em “deslize” episódico e irrelevante. Essa abordagem denota desconhecimento de elementares conceitos de criminologia, ingenuidade e falta de senso de proporções.

Em terceiro, observa-se que a metodologia alternativa em pauta está baseada, essencialmente, na *confiança* entre funcionários da entidade e condenados, tributando-se a estes uma presunção de autodisciplina, idoneidade e responsabilidade que foge à prudência e ao bom senso. Os funcionários da entidade encarregados do contato com os apenados, além de estarem em número reduzido, não usam armas (letais ou não-letais) e não passam por treinamento de técnicas de segurança, defesa pessoal e gestão de crises. Quando muito, em deslocamentos externos, efetuam – com muitos escrúpulos, como que pedindo perdão pela indelicadeza – a algemação dos condenados, os quais são conduzidos em veículos automotores comuns, não em viaturas adaptadas para garantir a segurança dos agentes e evitar fugas.

Por outro lado, os apenados têm acesso desvigiado a ferramentas e instrumentos contundentes, cortantes ou perfurantes, além de manterem líderes e “comissões disciplinares” internas, compostas apenas por *reeducandos*, que alegadamente exercem fiscalização sobre seus pares. Tais procedimentos, associados ao esforço institucional de minimizar o histórico criminal dos presos a pretexto de evitar sua estigmatização, subestimam-lhes a periculosidade, a audácia e

a capacidade de enganar e manipular, fazendo pouco caso da falibilidade humana e do comprometimento moral que, normalmente, afeta mais agudamente quem se entregou a prática de crimes. Além disso, as administrações das APAC deliberadamente promovem visitas de autoridades e lideranças comunitárias a suas dependências, com claro objetivo de propalar vantagens e estimular à adesão ao método, numa espécie de propaganda. Os próprios *recuperandos* conduzem os visitantes pelo interior da entidade, explicando suas rotinas, testemunhando acerca de suas experiências no sistema prisional tradicional e na APAC, por vezes culminando com apresentações artísticas ou musicais, segundo roteiro preconcebido e que apela para a emotividade dos participantes.

Essa forma de trabalho incrementa o risco inerente à custódia de condenados pela Justiça Criminal, expondo a perigo a integridade física e a vida de apenados, funcionários das APAC e visitantes da entidade, bem como ameaça a segurança pública. Exemplo disso, os fatos havidos na noite de 1º.08.2019, quando detentos fugiram da APAC de Araxá-MG, levando veículo da instituição, após renderem funcionário com emprego de facas de cozinha e ferirem outro apenado (<https://g1.globo.com/mg/centro-oeste/noticia/2019/08/02/detentos-abrigados-na-apac-rendem-funcionario-e-fogem-com-veiculo-da-instituicao-em-lagoa-da-prata.ghtml>). O automóvel foi encontrado dois dias depois (<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/08/03/carro-da-apac-de-lagoa-da-prata-usado-em-fuga-de-detentos-e-encontrado-em-bh.ghtml>).ⁱⁱ Além desse incidente, uma rápida pesquisa na *internet*, revela notícias de fatos análogos ocorridos noutras unidades do mesmo Estado, como em 25.07.2018, em Conselheiro Lafaiete (vide, por exemplo, <https://estadoatual.com.br/policia/militar-civil/fuga-na-apac/>)ⁱⁱⁱ, e em 30.04.2019, em Inhapim (<https://diariodecaratinga.com.br/fuga-de-recuperandos-da-apac-de-inhapim/>)^{iv}, que atesta a fragilidade da segurança nas APAC.

Vale referir, outrossim, que qualquer morte, violência física ou sexual ocorrida no interior da APAC, bem como danos provocados no meio externo por condenados que nela deveriam estar recolhidos, mas fugiram (abusando da excessiva confiança no senso de responsabilidade destes), são, em tese, passíveis de acarretar responsabilização civil da entidade privada e do Estado, o que, fatalmente, acarretaria a inviabilização financeira da associação, além de danos ao erário e desgaste da credibilidade do Poder Judiciário e do Ministério Público perante a opinião pública. Em caso de rebelião, violência e fuga de detentos da APAC, não faltará quem – com razão – acuse falhas dos agentes encarregados da execução penal na análise do perfil e seleção desses apenados! Surge aqui outro aspecto problemático dessa metodologia.

Em quarto, preocupa a ampla subjetividade e total ausência de critérios objetivos claros na seleção dos apenados com “perfil APAC”, visto que sabidamente o método não se presta a atender a totalidade do contingente prisional, senão pequena parcela dos condenados, mesmo em Estados como Minas Gerais, pioneiro na implantação da sistemática. Com efeito, inexistente até o momento legislação que disponha a respeito de que tipo de apenado pode – ou não – cumprir sua condenação em APAC. A escolha desse perfil – se é que possível – parte de avaliações de Juízes, Promotores, Assistentes Sociais e/ou Psicólogos, todas eivadas de alto grau de subjetivismo e desprovidas de embasamento e regulamentação legal específica. E, diga-se de passagem, ao que se sabe, a metodologia não impõe restrições quanto à espécie de crime cometido pelo condenado, nem à quantidade de pena privativa de liberdade ou ao regime de seu cumprimento. Em tese, homicidas, latrocidias, assaltantes, estupradores e traficantes de drogas (quicá vinculados a facções criminosas, aspecto subjetivo nem sempre de fácil apuração) poderiam cumprir suas penas em APAC!

Assim sendo, além do evidente risco à segurança pública e à efetividade da execução penal, abre-se larga margem ao arbítrio dos agentes estatais, o que conflita flagrantemente com o modelo de Estado Democrático de Direito, cuja atuação administrativa é norteada pelos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, por expressa dicção constitucional (art. 37 da CF/88). Além do contraste com tais preceitos basilares, cabe ressaltar que as equipes técnicas das unidades prisionais, mesmo quando a legislação exige avaliação do mérito dos apenados para obtenção de benefícios da execução penal (em exames criminológicos e avaliações sociais), muito raramente são apresentados laudos conclusivos a respeito do perfil psicológico, periculosidade ou prognose de reincidência dos presos. Dessarte, quem faria avaliação segura desses fatores para confirmar o “perfil APAC” dos apenados, a ponto de resguardarem-se minimamente a segurança pública, os fins da execução penal e a credibilidade das instâncias estatais dela encarregadas? Qual a qualificação técnica de Juízes, Promotores ou administradores prisionais para procederem essa análise em cada caso concreto?

Em quinto lugar, convém salientar que, sendo a APAC uma associação civil de direito privado, seus funcionários não são selecionados por concurso ou processo seletivo público, necessariamente sujeitos à observância dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 da CF/88), nem gozam de prerrogativas inerentes ao serviço público, como a estabilidade e a presunção de legitimidade de seus atos e declarações. Logo, não gozam esses funcionários da necessária segurança jurídica para o regular e imparcial exercício de suas funções, além de aquelas condições propiciarem

contratações efetivadas segundo critérios subjetivos, para atender a interesses privados, gerando risco de uso político dessas funções e admissão de servidores tecnicamente despreparados e/ou moralmente inidôneos (quicá vinculados a facções criminosas).

Nesse aspecto em particular, cabe questionar, por exemplo, como seria validamente instaurado, adequadamente instruído e concluído um Processo Administrativo Disciplinar – PAD para apurar faltas graves de apenados no âmbito de uma APAC, se os funcionários da entidade não são agentes públicos, não foram treinados para tanto e não praticam atos administrativos em sentido estrito? Também merece questionamento o procedimento adotado em algumas Comarcas que implantaram o método, em que Promotores, Juízes e/ou serventuários da Justiça coordenam ou promovem diretamente uma espécie de processo seletivo de funcionários da APAC. Pergunta-se: com que base legal ou constitucional exercem tais atribuições, visto que agentes públicos estão sujeitos ao princípio da legalidade estrita (só podem fazer aquilo que a lei expressamente autoriza)? Qual a validade jurídica dessas seleções preliminares e que isenção teriam membros do Ministério Público e/ou do Poder Judiciário que as conduziram para, posteriormente, apurar, processar e julgar eventuais irregularidades perpetradas pelos selecionados quando no exercício de suas atividades?

Em sexto, a metodologia APAC vulnera a liberdade de consciência e de crença dos condenados (art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal). Isso porque, em vez de apenas oferecer aos apenados acesso à assistência religiosa em conformidade com a profissão de fé individual, em caráter facultativo (como decorre da redação do art. 24 da LEP^v), impõe a todos os acolhidos a obrigação de assistir a todas as atividades de cunho religioso, independentemente do credo (ou de sua ausência, como no caso de ateus ou agnósticos). Assim, por exemplo, condenados que se identificam como católicos ou evangélicos (protestantes, pentecostais, neopentecostais, presbiterianos, batistas etc.) são obrigados a assistir palestras e sessões espíritas, nas quais se promovem práticas e ensinamentos contrastantes com doutrinas fundamentais preconizadas pelas vertentes do cristianismo histórico e tradicional. O mesmo ocorre entre católicos e evangélicos reciprocamente, cujas crenças – embora encontrem mais pontos comuns no que concerne a algumas doutrinas centrais do cristianismo – sabidamente divergem sobre a liturgia dos cultos e outras questões teológicas relevantes.^{vi}

E não se diga que a mera imposição a alguém de comparecimento e permanência em culto ou prática religiosa não vulnera a Constituição, visto que a própria Carta Magna estabelece textualmente que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II). Ora, nenhuma lei obriga o apenado – ou qualquer outro cidadão – a assistir ou participar de atividades religiosas (máxime quando contrárias a suas convicções) e

se houvesse tal imposição legal, seria clamorosamente inconstitucional, pois ofensiva a cláusulas constitucionais que protegem a liberdade individual de consciência e de crença frente ao Estado e a terceiros. A violação dos aludidos direitos fundamentais também não é descaracterizada por eventual adesão prévia do apenado ao regulamento da APAC, visto que tal manifestação volitiva não pode, a rigor, ser considerada absolutamente livre enquanto eventual discordância com aquela regra específica significar, automaticamente, permanência em estabelecimento prisional sucateado e dominado por facções criminosas.

Em sétimo, pontua-se que a instalação e a manutenção de APAC depende, quase que exclusivamente, de verbas públicas obtidas mediante convênio com o Estado e, em menor espectro, de repasses do Fundo das Penas Alternativas das Comarcas e/ou doações da comunidade. Ao que se sabe, ainda não há APAC autossustentáveis. Assim sendo, reiterados e prolongados atrasos de repasses das verbas oriundas do Estado, incidente deveras comum, máxime em unidades federativas sob aguda crise financeira (como o RS), representam sérios riscos à subsistência da associação e seu regular funcionamento (atraso de salários de funcionários, insuficiência de recursos para custear a alimentação dos condenados, materiais de limpeza e expediente, etc.).

Em que pese o argumento de que o investimento em APAC representaria economia de recursos públicos (porque o custo por preso seria menor que no sistema tradicional), cabe ponderar que, por outro lado, o investimento das verbas destinadas à APAC nas unidades prisionais públicas em funcionamento, poderia viabilizar obras de ampliação e reforma, propiciando a melhoria da infraestrutura e das condições carcerárias, inclusive espaço físico, higiene, segurança e disciplina. Com efeito, frente a grave cenário de escassez de recursos financeiros, a racionalidade recomendaria *priorizar* investimentos nas estruturas que atendem – e continuarão atendendo – a maior parte da massa carcerária, a saber, os presídios e albergues, nos quais poderiam ser introduzidas as iniciativas positivas do método APAC (como laborterapia, rotinas e disciplina mais rígidas, reflexões morais e atividades religiosas permanentes, etc.).

Portanto, não parece razoável que o Estado deixe de investir seus limitados recursos no sistema tradicional de cumprimento das penas (que não poderá ser inteiramente substituído pelas APAC), entregando-o ao abandono e ao domínio total das facções criminosas, para destinar tais verbas a associações privadas, cujos métodos e propostas – embora cobertos de boas intenções e idealismo – atenderão ínfima fração dos condenados e, ainda assim, com sérias vulnerabilidades e aspectos bastante problemáticos, a exemplo dos acima apontados. Nem mesmo os alegadamente elevados índices de *ressocialização* e baixos índices de reincidência atribuídos ao método apaqueano justificam tal opção, porque: 1º) as estatísticas apresentadas são manipuladas

e não refletem a realidade, visto considerarem pequeno contingente de presos selecionados “a dedo” - supostamente os “mais comportados” - em meio à totalidade da heterogênea massa carcerária, que constitui o público-alvo das demais pesquisas de índice de reincidência; 2º) os fins não justificam os meios, máxime quando os meios, em sua operacionalização prática, vulneram preceitos constitucionais e legais, trazendo riscos à segurança pública e à efetividade da execução penal.

Em suma, a despeito das efusivamente propaladas vantagens do método APAC, o modelo está longe de ser panaceia para todos os males da execução penal e de merecer o *status* de política de Estado. Ao contrário, suas múltiplas defecções impõem redobrada cautela e necessárias adaptações, antes que se pretenda encampar irrestritamente a metodologia como alternativa no cumprimento de penas. Por enquanto, deve ser prioridade a restauração da ordem no sistema prisional brasileiro, com construção de novas unidades prisionais, ampliação das existentes e recuperação do controle estatal nos presídios. Afinal, a segurança pública – conceito que abrange a execução penal – é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo destinada à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, como expresso pelo art. 144, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹ “Esse tipo de transtorno não tem cura, uma vez que os psicopatas não se arrependem ou sofrem com as consequências de seus atos. - Tratar de um psicopata é uma luta inglória, pois não há como mudar sua maneira de ver e sentir o mundo. Psicopatia é um modo de ser - acrescenta.” (<https://gauchazh.clicrbs.com.br/comportamento/noticia/2011/05/psicopatia-nao-tem-cura-e-um-modo-de-ser-diz-psicanalista-3323647.html>.)

² A matéria informa que “De acordo com a Polícia Militar (PM), os quatro homens renderam o funcionário da Apac na quinta-feira (1º), usando facas de cozinha. Eles renderam o inspetor de segurança, de 56 anos, e trancaram o homem em uma cela. Depois, agrediram o colega que guardava as chaves e fugiram pelo portão principal.”

³ Diz a manchete da matéria que “Em menos de um ano, entidade já registrou fuga, resgate de preso, teve seu portão de acesso alvejado por disparos, entre outros problemas de segurança.” O texto informa que “Na manhã desta quarta-feira (25/7), a Polícia Militar de Conselheiro Lafaiete/MG, registrou mais uma fuga na Associação de Proteção e Assistência ao Condenado (APAC), conforme as primeiras informações, um detento de 33 anos teria saído do interior do prédio, sem que ninguém percebesse. A ausência do recuperando foi notada pelo início da manhã, durante fiscalização interna. Policiais procuram localizar o homem foragido.”

⁴ O informe jornalístico dá conta de que “Um inspetor da Apac acionou a Polícia Militar e avisou sobre a fuga. Os militares conversaram com um agente e ele contou que foi rendido e que os recuperandos usaram uma faca. Segundo ele, os autores também levaram todas as chaves, rádios de comunicação e ainda tentaram levar uma moto, mas não conseguiram.”

⁵ Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, **permitindo-se-lhes** a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.

§ 2º **Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.**

⁶ Vide breve resumo em <https://www.terra.com.br/noticias/as-diferencas-entre-as-igrejas-protestante-e-catolica,ee1fab0f1d531177681411ddac9b9b31hfyzh3bj.html>.

Status de militar no crime de deserção: o que muda com a inserção do art. 34-A na Lei do Serviço Militar

Daniel Souza Nogueira

Bacharel em Direito pela Universidade
Federal de Mato Grosso do Sul

RESUMO: O objetivo do estudo é esclarecer o que muda com a inserção do supracitado artigo em relação ao processamento da ação penal militar, mais especificamente nos casos em que a condição de militar é essencial para o processo. Para tanto, a pesquisa buscará trazer um mínimo de conhecimento sobre o crime militar de deserção, além da evolução jurisprudencial das nossas Cortes Superiores. Por fim, buscar-se-á também dispor julgados sobre as condições de procedibilidade e prosseguibilidade da ação penal militar.

PALAVRAS-CHAVE: Condição de Militar. Procedibilidade. Prosseguibilidade.

ENGLISH

TITLE: Military status in the crime of desertion: what changes with the insertion of art. 34-A in the Military Service Act

ABSTRACT: The objective of the study is to clarify what changes with the insertion of the aforementioned article in relation to the processing of military criminal action, more specifically in cases where the condition of military is essential to the process. Therefore, the research will

seek to bring a minimum of knowledge about the military crime of desertion, in addition to the jurisprudential evolution of our Superior Courts. Finally, it will also be sought to have judgments on the conditions of procedurality and continuity of military.

KEYWORDS: Military condition. Procedure. Continuity.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Conceito de crime – 2.1 Crime militar – 2.2 Crime propriamente militar e impropriamente militar – 2.3 Crime militar de deserção – 3 Condição de militar do agente – 4 Divergência sobre a condição de militar do agente – 4.1 Posicionamento do Superior Tribunal Militar – 4.2 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal – 4.3 Posicionamento do Ministério Público e da Advocacia-Geral da União – 4.4 Posicionamento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (ENAJUM) – 5 Lei do Serviço Militar (Art. 34-A) – 6 Considerações finais

1 INTRODUÇÃO

O direito militar é um ramo do direito público interno. É denominado também de direito castrense, palavra de origem latina, que designa o direito aplicado nos acampamentos do Exército Romano. Pode ser entendido como todo conjunto jurídico-militar relacionado às Forças Armadas e às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros dos Estados e Distrito Federal.

O estudo do direito castrense abarca diversos ramos de especialização, entre estes destacam-se o Direito Penal Militar, o Direito Penal Processual Militar, o Direito Constitucional Militar, o Direito Disciplina Militar, o Direito Administrativo Militar e o Direito Previdenciário Militar.

Outro ramo do estudo jurídico-militar de grande destaque no cenário internacional é o Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA), que em linhas gerais, regula os conflitos beligerantes internacionais ou não internacionais, que por questões humanitárias, limita o direito das partes nos conflitos trazendo um mínimo de dignidade aos envolvidos.

O presente artigo tem como propósito trazer uma reflexão sobre a inserção do art. 34-A na Lei do Serviço Militar¹. A Lei 13.954, de 16 de dezembro de 2019, que reestruturou a carreira dos militares da União, trouxe consideráveis modificações na legislação militar. Entre as alterações efetivadas pela referida lei, destaca-se a possibilidade de militares temporários, que respondem a inquéritos policiais comum ou militar ou que forem réus em ações penais de igual natureza, inclusive por crime de deserção, serem licenciados ao término do tempo de serviço a que estão obrigados.

Para alcançar o objetivo proposto pelo presente artigo, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica. Buscou-se também, a partir da análise pormenorizada de periódicos jurídicos, da doutrina e da jurisprudência, fundamentar a argumentação proposta trazendo aspectos importantes sobre a questão procedimental do crime de deserção.

Quanto aos objetivos, estes serão de categoria exploratória, baseados em dados disponibilizados na rede mundial de computadores, em especial no *site* do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal Militar (STM), com delimitação de pesquisa pós Constituição Federal de 1988.

Neste cenário, construíram-se algumas questões que nortearam este trabalho e que serão importantíssimas para melhor compreensão do tema proposto, tais como: O que é condição de procedibilidade e prosseguibilidade no crime de deserção? Qual a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal Militar (STM) no que se refere ao *status* de militar? E o que muda com a inserção do art. 34-A na Lei do Serviço Militar? São estas as questões que se pretende responder com o desenvolvimento desta pesquisa.

2 CONCEITO DE CRIME

Crime é toda ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados pelo Estado. O conceito de crime pode ser apontado sob dois aspectos principais: o material e o formal.

Sob a ótica material, o crime constitui toda a conduta lesiva a bem juridicamente tutelado, merecedora de pena; é, pela ótica formal, crime é a conduta lesiva a bem juridicamente tutelado, merecedora de pena, devidamente prevista em lei.

2.1 Crime militar

¹ Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964.

Não muito diferente do conceito dado ao crime em seus aspectos gerais, o crime militar constitui-se também na conduta lesiva ao bem jurídico tutelado, merecedora de pena e com previsão em lei.

Segundo Loureiro Neto (2010, p. 17) “o nosso legislador adotou o critério *ratione legis*, isto é, não definiu, apenas enumerou taxativamente as diversas situações que define esse delito”, ou seja, de forma geral, são considerados crimes militares aqueles que a lei enumera, apesar de alguns pontos de divergências conforme assevera Lobão (2011, p. 31):

[...] crime militar é a infração penal prevista na Lei Penal Militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar, e ao serviço militar.

Como bem destacado por Alves-Marreiro (2015, p. 57), “As infrações penais militares são as que, por mandamento constitucional (arts. 124 e 125, § 4.º, da CF), possuem previsão de existência, sendo norma em branco complementada pelos arts. 9.º (crimes militares em tempo de paz) e 10 (crimes militares em tempo de guerra) do CPM.”

2.2 Crime propriamente militar e impropriamente militar

Os crimes militares são classificados em duas grandes categorias: crimes propriamente militares e crimes impropriamente militares. Saraiva (2014, p. 44) assevera que “Esta divisão tem eco constitucional basta uma rápida leitura do art. 5º, inciso LXI, da Carta Magna, para que seja aferida a importância da distinção”.

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:

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

Crimes propriamente militares seriam os que só podem ser cometidos por militares, pois consistem em violação de deveres que lhes são próprios. Trata-se, pois, do crime funcional praticável somente pelo militar, a exemplo da deserção (art. 187), da cobardia (art. 363), dormir em serviço (art. 203) etc (NEVES E STREIFINGERS, 2014, p. 93).

Em contraposição, os crimes comuns em sua natureza, praticáveis por qualquer pessoa, civil ou militar, são os chamados impropriamente militares. Como exemplo podemos citar o homicídio de um militar praticado por outro militar, ambos em situação de atividade (art. 9º, II, a, c/c o art. 205), ou a violência contra sentinela (art. 158). A essa construção a doutrina especializada admite uma exceção, qual seja, o crime de insubmissão (art.183), considerado o único crime propriamente militar que somente o civil pode cometer. Note-se que, apesar de ser praticado por um civil, a incorporação do faltoso, portanto, a qualidade de militar, é condição de punibilidade ou de procedibilidade, nos termos do art. 464, § 2º, do CPPM. Vale dizer que, antes de adquirir a qualidade de militar, com sua inclusão nas Forças Armadas, não cabe ação penal contra o insubmisso (NEVES E STREIFINGERS, 2014, p. 93).

2.3 Crime militar de deserção

Nas palavras de Esmeraldino Bandeira *apud* Loureiro Neto (2010, 144) “Deserção vem de *desertio*, que por sua vez deriva de *deserere*, que significa abandonar, desamparar. *Deserere exercitum*, ou simplesmente *deserere*, significa desertar”.

No dicionário existem algumas definições aleatórias para o termo, abrangendo inclusive a definição específica de deserção militar, que pode ser entendida como “Abandono do serviço militar, sem licença, permanecendo por um tempo superior ao previsto” e ainda “abandono ou afastamento de um lugar que se frequentava ou de algo em que se participava por dever, compromisso, obrigação ou afinidade” (DESERÇÃO, 2009-2019, online).

No Direito Militar são duas as espécies de deserção:

a) A deserção Comum, identificada no art. 187 e 188 do CPM, que, em regra, ocorre quando o militar ausenta-se, sem licença, por mais de oito dias da sua Organização Militar ou lugar que deveria estar presente, não se apresenta no lugar designado, deixa de se apresentar a autoridade competente após agregação ou licença ou após declaração de estado de guerra ou de sítio;

Deserção

Art. 187. Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada.

Casos assimilados

Art. 188. Na mesma pena incorre o militar que:

I - não se apresenta no lugar designado, dentro de oito dias, findo o prazo de trânsito ou férias;

II - deixa de se apresentar a autoridade competente, dentro do prazo de oito dias, contados daquele em que termina ou é cassada a licença ou agregação ou em que é declarado o estado de sítio ou de guerra;

III - tendo cumprido a pena, deixa de se apresentar, dentro do prazo de oito dias; IV - consegue exclusão do serviço ativo ou situação de inatividade, criando ou simulando incapacidade.

b) A deserção especial prevista no art. 190 do CPM, que é quando o militar deixa de se apresentar no momento da partida do navio ou aeronave de que é tripulante ou do deslocamento da unidade ou força em que serve.

Art. 190. Deixar o militar de apresentar-se no momento da partida do navio ou aeronave, de que é tripulante, ou do deslocamento da unidade ou força em que serve:

Pena - detenção, até três meses, se após a partida ou deslocamento se apresentar, dentro de vinte e quatro horas, à autoridade militar do lugar, ou, na falta desta, à autoridade policial, para ser comunicada a apresentação ao comando militar competente.

§ 1º Se a apresentação se der dentro de prazo superior a vinte e quatro horas e não excedente a cinco dias:

Pena - detenção, de dois a oito meses.

§ 2º Se superior a cinco dias e não excedente a oito dias:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 2º-A. Se superior a oito dias:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Aumento de pena

§ 3º A pena é aumentada de um terço, se se tratar de sargento, subtenente ou suboficial, e de metade, se oficial.

O CPM também prevê a deserção em tempo de guerra na presença de inimigo cuja pena capital é a morte.

Deserção

Art. 391. Praticar crime de deserção definido no Capítulo II, do Título III, do Livro I, da Parte Especial:

Pena - a cominada ao mesmo crime, com aumento da metade, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. Os prazos para a consumação do crime são reduzidos de metade.

Deserção em presença do inimigo

Art. 392. Desertar em presença do inimigo:

Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

A tipificação do crime de deserção visa à tutela do serviço militar e do dever militar como bens jurídicos essenciais das Forças Armadas, tamanha a gravidade do delito e do perigoso potencial de atingir os mais caros e basilares princípios castrenses, podendo comprometer a funcionalidade das tropas, tanto em tempo de paz, na guerra ou em conflitos armados (GALVÃO, 2015, p. 14).

3 Condição de militar do agente

A atividade militar é diferente de qualquer outra profissão, pois exige dos seus integrantes valores e condutas próprias. Nesse liame, ponto bastante divergente na doutrina e jurisprudência recai sobre a condição de militar – *status de militar* – para se ver processar.

Sobre o assunto, as Súmulas nº 8 e 12 do STM dispõe o seguinte:

SÚMULA Nº 8 - (DJ 1 Nº 77, de 24/04/95)

O desertor sem estabilidade e o insubmisso que, por apresentação voluntária ou em razão de captura, forem julgados em inspeção de saúde, para fins de reinclusão ou incorporação, incapazes para o Serviço Militar, podem ser isentos do processo, após o pronunciamento do representante do Ministério Público.

SÚMULA Nº 12 - (DJ 1 Nº 18, de 27.01.97)

A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o status de militar, condição de procedibilidade para a *persecutio criminis*, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo.

O crime de deserção é único, e somente o militar em situação de atividade pode cometê-lo. É classificado como crime propriamente militar. O processo de deserção segue um rito especial sendo iniciado através da instauração de um procedimento específico, denominado de Instrução Provisória de Deserção (IPD), cujas regras gerais são previstas nos artigos 451 a 453 do Código de Processo Penal Militar.

Térmo de deserção. Formalidades

Art. 451. Consumado o crime de deserção, nos casos previsto na lei penal militar, o comandante da unidade, ou autoridade correspondente, ou ainda autoridade superior, fará lavrar o respectivo termo, imediatamente, que poderá ser impresso ou datilografado, sendo por ele assinado e por duas testemunhas idôneas, além do militar incumbido da lavratura.

§ 1º A contagem dos dias de ausência, para efeito da lavratura do termo de deserção, iniciar-se-á a zero hora do dia seguinte àquele em que for verificada a falta injustificada do militar.

§ 2º No caso de deserção especial, prevista no art. 190 do Código Penal Militar, a lavratura do termo será, também, imediata.

Efeitos do término de deserção

Art. 452. O termo de deserção tem o caráter de instrução provisória e destina-se a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal, sujeitando, desde logo, o desertor à prisão.

Art. 453. O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em liberdade, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo.

Para a propositura da ação penal, as normas processuais impõem algumas condições, que podem ser genéricas ou específicas. As condições gerais de admissibilidade da ação penal, tal qual no processo civil, são a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimação *ad causam*. As especiais são aquelas exigidas pelas peculiaridades que apresenta o funcionamento da justiça penal, conforme o procedimento e a espécie de ação penal. As condições gerais e especiais compõem as chamadas “condições de procedibilidade”, sem as quais a relação processual não pode ser iniciada² (SOUZA, 2013, p. 14);

Sobre as condições de procedibilidade, também denominadas de condições de admissibilidade do processo penal ou de pressupostos processuais, Oliveira (2013, *online*) destaca que “são aquelas necessárias ao início da ação penal militar, bem como para o conhecimento dos recursos dirigidos aos tribunais. Elas devem estar previstas em lei.”

Assim, para o início do processo por deserção, além das condições genéricas da ação penal, prevê o Código de Processo Penal Militar a reinclusão do militar que foi excluído e a reversão do militar que foi agregado (SOUZA, 2013, p. 14).

Sobre a reinclusão do desertor o Estatuto dos Militares dispõe o seguinte:

Art. 128. A deserção do militar acarreta interrupção do serviço militar, com a consequente demissão *ex officio* para o oficial, ou a exclusão do serviço ativo, para a praça.

§ 1º A demissão do oficial ou a exclusão da praça com estabilidade assegurada processar-se-á após 1 (um) ano de agregação, se não houver captura ou apresentação voluntária antes desse prazo.

§ 2º A praça sem estabilidade assegurada será automaticamente excluída após oficialmente declarada desertora.

§ 3º O militar desertor que for capturado ou que se apresentar voluntariamente, depois de haver sido demitido ou excluído, será reincluído no serviço ativo e, a seguir, agregado para se ver processar.

A reinclusão é o ato administrativo que importa no retorno do militar à caserna para que seja concluído o serviço militar interrompido pela deserção. Para Célio Lobão (2008, p. 380) a qualidade de militar é condição de procedibilidade da ação penal, sendo a perda desse *status*

² Conforme leciona Mirabete, “as condições de procedibilidade são as que condicionam o exercício da ação penal, têm caráter processual e se atêm somente a admissibilidade da persecução penal. Exigida uma condição especial, a admissão da ação penal, além das condições da ação (gerais), depende dessa condição específica”. Mirabete cita como exemplo de condições de procedibilidade, entre outros, a entrada do agente no território nacional no caso de crime praticado no exterior (art. 7º, § 2º, “a” do CP) e a requisição do Ministro da Justiça nos crimes contra a honra do Presidente da República (art. 145, parágrafo único, do CP). (MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 126).

motivo para arquivamento da Instrução Provisória de Deserção (IPD), inclusive com a extinção do processo pelo conselho ou atacada por *habeas corpus*.

No crime de deserção a qualidade de militar da ativa é condição de procedibilidade. Se o agente perde essa qualidade, arquiva-se a instrução provisória de deserção (IPD). Entretanto, se for proposta, a ação penal será extinta, por decisão do Conselho ou por meio de *habeas corpus*, isentando o agente do processo condenatório ou do processo de execução de sentença”. Segue o autor argumentando que “Em nenhum outro crime militar ocorre fenômeno idêntico. Por exemplo, no crime de violência contra o superior, a condição de militar integra o tipo (art. 157 do CPM), mas se o sujeito ativo perde a qualidade de militar não impede a propositura da ação penal e seu prosseguimento até a decisão final (LOBÃO, 2009, p. 380).

Sobre as condições de prosseguibilidade, Oliveira (2013, *online*) dispõe que “são aquelas indispensáveis ao prosseguimento da ação penal, isto é, o processo está em andamento e a condição deve ser mantida e implementada para que o processo prossiga o seu curso normal.”

Neves (2017, p. 839) observa que essa visão, embora seja um argumento coerente e inovador, foge ao disposto estritamente da lei processual penal militar.

No caso de praça, uma vez recebida a denúncia, não há previsão na lei processual penal militar de que haverá a necessidade de que o réu (já denunciado e com denúncia recebida) continue a ostentar a condição de militar. Nos termos do § 3º do art. 457, reincluída a praça especial ou a praça sem estabilidade, ou procedida a reversão da praça estável, o comandante da unidade providenciará, com urgência, sob pena de responsabilidade, a remessa à auditoria de cópia do ato de reinclusão ou do ato de reversão. Após isso, o Juiz-Auditor determinará sua juntada aos autos e deles dará vista, por cinco dias, ao procurador que requererá o arquivamento, ou o que for de direito, ou oferecerá denúncia, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas. (NEVES, 2017, p. 839 - grifo nosso)

Segue Neves (2017, p. 839) afirmando que o *status* de militar não é condição de prosseguibilidade, sob pena de criação de causa de extinção de punibilidade não prevista no Código Penal Militar.

Em conclusão, portanto, ostentar o status de militar não é condição de prosseguibilidade trazida pela lei penal militar. O que há para oficial como condição de prosseguibilidade é a sua captura ou apresentação, ao passo que para a praça há uma condição de procedibilidade na reversão ou reinclusão, ou seja, retorno ao serviço ativo, mas isso deve ser verificado antes do oferecimento da denúncia, e não no curso do processo, quando será irrelevante nos termos da lei castrense. Assim, oficial ou praça, com processo já em curso, que percam a condição de militar pela demissão, exoneração etc., à luz da lei processual penal militar, continuarão a ser processados, sob pena de criação de causa de extinção de punibilidade não prevista no Código Penal Militar.” (NEVES, 2017, p. 839)

Na mesma linha de raciocínio, Alves-Marreiro (2015, p.1114) destaca a interpretação equivocada da súmula nº 12 do STM, criando-se com esse entendimento uma condição inexistente na lei de prosseguibilidade da ação.

A súmula não é equivocada em relação à lei, mas tem sido interpretada com alcance muito maior que sua redação e muito maior que a da lei, criando uma condição de prosseguibilidade inexistente na Lei processual e, com isso, impedindo o MP de exercer seu dever-poder previsto na Constituição de forma privativa: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (ALVES-MARREIRO, 2015, p. 1114)

Citando conversa com o Dr. Carlos Frederico, Subprocurador-Geral de Justiça Militar, Alves-Marreiro (2015, p. 114) levanta a importância do pré-questionamento perante o STF sobre o entendimento de que a condição de militar é pressuposto para o prosseguimento da ação, haja vista que a interrupção do serviço militar, que neste caso se deu por nova deserção, seja regra impeditiva para o processamento.

Aliás, em conversa recente com o Dr. Carlos Frederico, Subprocurador-Geral de Justiça Militar, ele levantou a importância do pré-questionamento desta questão, que foi, na verdade lembrada por ele, para que tais casos sejam levados ao STF em recursos extraordinários. Que casos são esses? São aqueles em que um militar, enquanto é processado por deserção, já com denúncia recebida e citado, deserta novamente antes ou depois do interrogatório. Na maioria dos casos o conselho acaba suspendendo o processo que estava em andamento por suposta aplicação da súmula citada. Mas notem que ela trata de condição para o oferecimento da denúncia, como, aliás, é o previsto na Lei (ALVES-MARREIRO, 2015, p. 1114).

Portanto, observa-se que não há nenhuma condição específica para a suspensão de processos em curso calcada em interpretação extensiva da súmula 12, mas sim uma condição para o oferecimento da denúncia somente. Dessa forma, entende-se que a condição de militar é necessária apenas para o início da ação penal não tendo relevância alguma para o prosseguimento da ação.

4 DIVERGÊNCIA SOBRE A CONDIÇÃO DE MILITAR DO AGENTE

A divergência sobre a condição de militar no crime de deserção apresentou e apresenta certos conflitos de entendimento. Sobre esse *status* observa-se que a jurisprudência não é estanque. Como parâmetro de pesquisa, em relação a essa condição específica da ação, ou seja, o

status de militar, referenciaremos a evolução do tema desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até atualidade.

4.1 Posicionamento do Superior Tribunal Militar

O *status* de militar para o STM biparte-se em duas vertentes distintas. Uma afirma que a condição de militar do acusado é indispensável na persecução penal no crime de deserção, desde o recebimento da denúncia pelo juízo competente, como condição de procedibilidade, até o trânsito em julgado, perfazendo assim uma condição de prosseguibilidade da ação penal.

Outra vertente vai ao sentido de que o *status* de militar da ativa constitui requisito de procedibilidade e não de prosseguibilidade da ação, ou seja, é verificada apenas no início da ação penal.

Sobre a primeira vertente aponta-se o seguinte:

EMENTA: DESERÇÃO. ACUSADO LICENCIADO DO SERVIÇO MILITAR ANTES DA CONCLUSÃO DO PROCESSO. AÇÃO PENAL PREJUDICADA POR FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. A deserção, visto se caracterizar como delito estritamente castrense, somente pode ser cometida por militar considerado em serviço ativo. Qualidade esta de qual depende, também, a propositura, bem como, o respectivo andamento, de ação penal havida contra desertor, posto a Lei Adjetiva Castrense, no peculiar rito que estabelece para sopesamento do referido crime, impor, à título de "conditio sine qua non", que o elemento denunciado por deserção mantenha o "status" de militar da ativa ao longo de todas as fases do concernente processo. Se, como "in casu", o imputado já não mais se encontra como militar da ativa observa-se, "juris et de jure", por falta de condição de procedibilidade para seguimento de processo respondido por deserção. Inteligência com lastro no § 2º do Art. 457 do CPPM. Apelação "in tela" não conhecida, determinando-se o arquivamento dos autos. Acolhimento de preliminar suscitada pelo Ministro-Relator. Decisão majoritária. (STM – Ap 2005.01.049930-1; Ministro relator : JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS; DJe: 16/02/2006)

EMENTA: Apelação. Deserção (CPM, art. 187). Preliminar, de ofício. Nulidade. Ausência de condição de procedibilidade. Ata de Inspeção de Saúde com data anterior à apresentação voluntária do desertor. Processamento do feito em desconformidade com a lei e em descompasso com a jurisprudência do STM que exige que a praça sem estabilidade ostente o status de militar como pressuposto à persecutio criminis. Preliminarmente, de ofício, declarada a nulidade do processo, a partir da denuncia, inclusive, sem renovação, com fundamento no art. 500, IV, do CPPM. Unânime. (STM - Ap 0000020-47.2009.7.11.0011; Ministro relator: FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES; DJe: 18/11/2010).

APELAÇÃO. DESERÇÃO. LICENCIAMENTO. *STATUS* DE MILITAR. CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. Q licenciamento de militar que responde processo na Justiça Castrense prejudica a prosseguibilidade da persecutio criminis, uma vez que, além de existir vedação expressa no art. 145 do Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966 (Regulamento da Lei do Serviço Militar), ele não pode mais voltar à atividade. Preliminar acolhida, ensejando a concessão de Habeas Corpus de ofício, para anular a sentença penal condenatória recorrida e determinar o arquivamento do feito. Decisão majoritária. (STM – Ap 0000008-

39.2014.7.11.0211; Ministro relator ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, DJe: 04/12/2014).

De forma geral, a Corte castrense defende que a condição de militar, além de essencial de procedibilidade da ação, também se estendia para a prosseguibilidade do feito, ou seja, caso o militar tivesse seu tempo de serviço interrompido por qualquer motivo, durante o decorrer do processo criminal, seria este extinto ou arquivado por falta de legitimidade passiva.

Com a evolução jurisprudencial, a partir de 2016, o STM passou a admitir nova interpretação sobre a condição de militar, mudando o entendimento, até então adotado, para considerar que aquela condição é essencial apenas para iniciar-se o processo, não guardando relação com o trâmite processual, independentemente de posterior interrupção.

APELAÇÃO. DESERÇÃO (ART. 187 DO CPM). PROCESSO EM CURSO NA 2ª INSTÂNCIA. ACUSADO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR PELO LICENCIAMENTO DO SERVIÇO ATIVO DO EXÉRCITO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE SUPERVENIENTE. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. MÉRITO. CONDUTA TÍPICA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. AUSÊNCIA DE EXCLUDENTES DE TIPLICIDADE, ILICITUDE E CULPABILIDADE. SENTENÇA REFORMADA. 1. Informação aportada aos autos, oriunda do Juízo a quo, noticiando que o Apelante não ostenta mais o status de militar, em face de licenciamento por término do serviço militar obrigatório, não inviabiliza o prosseguimento do Feito. No caso em questão, cabe ressaltar que não se discute as condições de procedibilidade, uma vez que o processo já teve início, mas, sim, de prosseguibilidade do Feito, tendo em vista o atual status de civil do Réu, e não se vislumbra na Lei Adjetiva Castrense qualquer dispositivo que iniba o prosseguimento no julgamento do presente Recurso. Preliminar de não conhecimento por perda do objeto rejeitada. Decisão majoritária. 2. No mérito, verifica-se que estão comprovadas nos autos a autoria e a materialidade do delito previsto no art. 187 do CPM, não sendo demonstrada qualquer causa excludente de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, devendo a Sentença absolutória ser reformada. Decisão unânime (STM – Ap 0000104-69.2013.7.09.0009; Relator Ministro LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES, DJe 06/02/2015).

EMENTA: APELAÇÃO. MPM. DESERÇÃO. LICENCIAMENTO DO ACUSADO. PERDA DO *STATUS DE MILITAR*. AUSÊNCIA. CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. REJEIÇÃO. PROVIMENTO DO APELO. A condição de procedibilidade nos delitos de deserção é a reinclusão do transfuga, para fins de oferecimento da Denúncia. Tal conditio, a despeito de resultar na concessão do *status de militar* ao agente, com ele não se confunde e é a única exigência feita pela norma, inexistindo a necessidade de o réu mantê-la para o feito persistir, por não configurar pressuposto de prosseguibilidade. Caso o desertor seja licenciado a bem da disciplina, fosse ele engajado ou não, o andamento dos autos correrá normalmente, sem eventuais ataques de índole processual. Apelo conhecido e provido. Decisão por maioria (STM – Ap 7001070-76.2019.7.00.000, Relator Ministro ODILSON SAMPAIO BENZI, DJe 12/11/2019).

EMENTA: APELAÇÃO. MPM. DESERÇÃO. LICENCIAMENTO DO ACUSADO. PERDA DO *STATUS DE MILITAR*. CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. APELO PROVIDO. MAIORIA. 1. O licenciamento do Acusado não impede o prosseguimento da Ação Penal Militar. As causas de extinção da punibilidade encontram-se previstas no art. 123 do CPM. Entre elas, não há a hipótese da perda do *status de militar*, não sendo

permitted to this Organism Judge create new extinctive cause. 2. There is no summary or any other device of Military Law that allows interpreting the *status* of *militar* as a condition of prosecutability for that who comes to be processed by the crime provided in art. 187 of the CPM. 3. Appeal known and provided. Decision by majority (STM – Ap 7000989-30.2019.7.00.000, Relator Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, DJe 20/02/2020).

Em síntese, a tese firmada atualmente pelo STM é de que o *status* de militar é condição apenas de procedibilidade, ou seja, no momento do oferecimento da denúncia. Em relação a condição de militar para o prosseguimento da ação penal, o STM passou a adotar a tese de que o *status* de militar não inviabiliza o prosseguimento da ação penal.

4.2 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

No entanto, para o STF, que adota a tese defendida por Célio Lobão, a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal, de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito, inclusive quanto ao prosseguimento da ação.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - Paciente condenado pela prática do crime de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a qualidade de militar. Ausente, pois, condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção. Precedentes. II – Ordem concedida de ofício. (HC 108197, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/12/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 14-02-2012 PUBLIC 15-02-2012 – grifo nosso)

EMENTA: (...) É o breve relatório. Decido. O recorrente insurge-se contra a decisão que denegou o pedido de extinção da ação penal, porquanto ausente a condição de procedibilidade em razão do licenciamento do militar desertor. Acerca do tema ressalto que a jurisprudência deste Supremo Tribunal se consolidou no sentido de que a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal de deserção, de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito. Nesse sentido, entre inúmeros precedentes, cito os seguintes: HC 90.838/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 22.5.2009; HC 83.030/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 1º.8.2003; e HC 108.197/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 15.2.2012, restando este último assim ementado: “HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - Paciente condenado pela prática do crime de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a qualidade de militar. Ausente, pois, condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção. Precedentes. II – Ordem concedida de ofício”. Dessarte, tratando-se a deserção de crime propriamente militar, o agente se restringe àqueles que detêm a condição de militar. Uma vez perdida tal qualidade, o processo deverá ser extinto em

qualquer fase, inclusive na fase de execução da sentença condenatória transitada em julgado. Sobre o tema, colho lição da doutrina: (...) na deserção, a qualidade de militar da ativa é condição específica de procedibilidade. Se o desertor perder essa qualidade, passando para a inatividade ou retornando à condição de civil, o fato – a ausência ilícita – torna-se atípico, deixa de existir o crime de deserção. A ação penal não será proposta, se o for, extingue-se o processo em qualquer fase, inclusive na fase de execução da sentença condenatória transitada em julgado”. (LOBÃO, Célio. Direito processual penal militar. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 387) Ante o exposto, com base no art. 192, caput, do RISTF, dou provimento ao presente recurso ordinário em habeas corpus a fim de determinar a extinção definitiva da Execução de Sentença Militar nº 0000156-93.2013.7.11.0011, em curso perante a 1ª Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar de Brasília/DF. Comunique-se. Publique-se. Brasília, 26 de novembro de 2015. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente (RHC 131001, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 26/11/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 01/12/2015 PUBLIC 02/12/2015- grifo nosso)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. CRIME DE DESERÇÃO. ARTIGO 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, D E I. ROL TAXATIVO. DESLIGAMENTO DO PACIENTE DAS FILEIRAS DO EXÉRCITO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A condição de militar é elemento estrutural dos crimes militares próprios, razão pela qual o desligamento do paciente das fileiras das Forças Armadas impede o prosseguimento da ação. 2. In casu, o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime de deserção, tipificado no artigo 187 do Código Penal Militar, tendo sido posteriormente excluído das fileiras do Exército por ocasião do término do serviço militar obrigatório. 3. Habeas Corpus concedido para determinar a extinção da ação penal militar 4.22.2016.7.01.0401(HC 149092, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 03-04-2018 PUBLIC 04-04-2018 – grifo nosso)

Portanto, a jurisprudência do STF consolidou-se no sentido de que a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal, sendo o *status* de militar condição de procedibilidade e prosseguibilidade da ação, ou seja, ser militar da ativa é essencial para o deslinde do processo. A Egrégia Corte não diferencia tais condições.

Sobre o tema, Oliveira Júnior (2017, 34) argumenta:

Observa-se que em relação à ausência da qualidade de militar do agente que responde pelo crime de deserção, o Supremo Tribunal Federal não diferencia condição de procedibilidade da condição de prosseguibilidade. Esse entendimento causa certa imprecisão, gerando confusão entre os pressupostos processuais e as condições objetivas de punibilidade, visto que, na ausência de qualquer um daqueles, o processo deve ser extinto, ou seja, o julgamento ocorre sem resolução do mérito ocasionando coisa julgada formal, enquanto que na ausência de condição objetiva de punibilidade há julgamento com resolução de mérito e, conseqüentemente, coisa julgada formal e material (OLIVEIRA JÚNIOR, 2017, p. 34).

Entretanto, diversamente da tese firmada pelo STF, o Min. Alexandre de Moraes e o Min. Roberto Barroso vêm-se alinhando de modo diverso ao entendimento da Corte. Os ilustres Ministros apontam que o *status* de militar não é condição de prosseguibilidade da ação.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). STATUS DE MILITAR DA ATIVA. CONDIÇÃO PARA DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL. SUPERVENIENTE EXCLUSÃO DAS FORÇAS ARMADAS. IRRELEVÂNCIA, PARA FINS DE PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL. 1. A ação penal que trata de deserção (CPM, art. 187) somente poderá ser instaurada contra militar da ativa, constituindo, portanto, condição de procedibilidade; isto é, o status de militar é exigido somente na fase inicial do processo, como pressuposto para deflagração da ação penal, sendo irrelevante, para fins de prosseguimento da instrução criminal ou do cumprimento da pena, a posterior exclusão do agente do serviço ativo das Forças Armadas. Inteligência do art. 456, § 4º, e do art. 457, § 1º e § 2º, do CPPM. Precedentes. 2. Agravo Regimental a que se nega provimento. (HC 167640 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 04-04-2019 PUBLIC 05-04-2019 – grifo nosso)

EMENTA: PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DESERÇÃO (CRIME PREVISTO NO ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). CONDIÇÃO DE MILITAR DA ATIVA EXIGIDA APENAS NA FASE INICIAL DO PROCESSO. POSTERIOR EXCLUSÃO DO AGENTE DO SERVIÇO ATIVO DAS FORÇAS ARMADAS. FATO IRRELEVANTE PARA FINS DE PROSSEGUIMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. 1. No crime de deserção previsto no art. 187 do Código Penal Militar, a condição de militar do agente deve ser aferida no momento do recebimento da denúncia, pouco importando a posterior exclusão do agente do serviço das forças armadas para fins de prosseguimento da instrução penal. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 152740 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 24-10-2019 PUBLIC 25-10-2019 – grifo nosso)

Observa-se que o STF vem-se adaptando a novos conceitos interpretativos. Verifica-se que o tema aparentemente consolidado, pende, a meu ver, para novo entendimento sobre o *status* de militar, restringindo-se apenas ao requisito de procedibilidade, ou seja, a reinclusão do militar desertor.

4.3 Posicionamento do Ministério Público e da Advocacia-Geral da União

Na mesma linha de entendimento do STM, o Ministério Público Militar (MPM) editou o enunciado nº 17/2019, em que aponta que a condição de militar da ativa deve ser aferida no momento da instauração da Ação Penal, não tem relevância para o processo a perda dessa condição.

Enunciado nº 17, de 12 de fevereiro de 2019 – CCR/MPM

Nos processos de deserção de praça, com ou sem graduação, e de praça especial (Capítulo III do Título II do Livro II do CPPM), a condição de militar da ativa, por parte do agente, deve ser aferida no momento de instauração da Ação Penal (existência de “condição de procedibilidade”), não tendo, a posterior perda de tal condição, reflexos para a continuidade do processo, ou para a execução da pena eventualmente imposta (inexistência de “condição de prosseguibilidade”).

Para a Advocacia-Geral da União (AGU), assim como o entendimento inicial do STM, a condição de militar biparte-se em dois momentos distintos. O primeiro afirma que o militar que responde a IPM ou processo na justiça militar não poderia ser licenciado enquanto perdurasse essa situação (ideia remota superada), que por vezes incorria em situações esdruxulas em que o desertor reincluído ao serviço ativo ficava meses, até anos, vinculado ao serviço militar, sendo de forma grotesca obrigado a permanecer na força armada de vinculação mesmo já tendo cumprido o seu tempo de serviço inicial ou de prorrogação:

Parecer AGU nº S 017, de 12 de fevereiro de 1986

EMENTA: O incorporado que responde ao inquérito policial militar ou o processo no foro militar, permanecerá na sua unidade, quando perdurar essa situação, durante a qual não lhe poderá ser aplicada a interrupção do tempo de serviço, por motivo de anulação de incorporação, desincorporação, expulsão e deserção, como também não pode ser licenciado, transferido ou removido (esta a orientação que deve prevalecer em substituição à do parecer CGR Y-5/85, cujo reexame vem de operar-se, em face das razões constantes da Representação STM 1.053-6/85)

O Segundo entendimento vem no sentido de que o militar (incorporado, engajado e reengajado) pode ser licenciado, mesmo respondendo a IPM ou processo na justiça militar, inclusive o desertor, condicionado apenas a conclusão do serviço militar inicial (ideia vigente), que se julga mais conveniente e ajustado aos direitos constitucionais consolidados pela CF/88 no seu art. 5, inciso II, “onde ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Nessa seara, o Parecer nº AM-07, de 31 de maio de 2019 dispõe o seguinte:

EMENTA: REVISÃO DO PARECER PGR S-017/1986. ACEPTÃO DA PALAVRA "INCORPORADO" NA LEI DO SERVIÇO MILITAR E NO REGULAMENTO DA LEI DO SERVIÇO MILITAR. INTERRUPTÃO DO SERVIÇO MILITAR E LICENCIAMENTO. DIFERENCIAÇÃO. POSSIBILIDADE DE LICENCIAMENTO DE PRAÇA NÃO ESTÁVEL (INCORPORADO, ENGAJADO OU REENGAJADO) QUE RESPONDE A INQUÉRITO POLICIAL MILITAR OU A PROCESSO NA JUSTIÇA MILITAR, DESDE QUE CONCLUA O TEMPO DE SERVIÇO A QUE ESTÁ OBRIGADO POR FORÇA DO SERVIÇO MILITAR INICIAL OU POR FORÇA DE ENGAJAMENTO OU REENGAJAMENTO. CRIME DE DESERÇÃO. REGULAMENTO PRÓPRIO. "STATUS DE MILITAR". CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. VIABILIDADE DO LICENCIAMENTO DO PRAÇA NÃO ESTÁVEL (ENGAJADO E REENGAJADO) APÓS O RECEBIMENTO

DA DENÚNCIA. NO CASO DE PRAÇA QUE AINDA NÃO TENHA CONCLUÍDO O SERVIÇO MILITAR INICIAL, DEVERÁ PERMANECER NA FORÇA ATÉ QUE ENCERRADA SUA OBRIGAÇÃO CÍVICA. (grifo nosso)

Cabe ressaltar que o parecer da AGU, quando aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União, adquire caráter normativo e vincula todos os órgãos e entidades da Administração Federal, que ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. Quando não publicado no Diário Oficial da União, obriga apenas as repartições interessadas e os órgãos jurídicos da AGU ou a esta vinculados, a partir do momento em que dele tenham ciência.

4.4 Posicionamento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (ENAJUM)

Na contramão da evolução jurisprudencial firmada pelo STM, da tese firmada pela AGU e pelo MPM, além da tendência jurisprudencial do STF iniciada pelos ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, a ENAJUM firmou entendimento por meio do Enunciado nº 5, de que a condição de militar é necessária para todo o processo, seja como condição de procedibilidade, ou como condição para o prosseguimento da ação.

Enunciado nº 05, de 30 de maio de 2019: “A condição de militar é necessária para o recebimento da denúncia, o prosseguimento do processo e a execução da pena, nos crimes de deserção”.

Apesar do caráter eminentemente doutrinário e, portanto, sem viés vinculativo, a retomada dessa interpretação poderá acarretar retrocesso na jurisprudência firmada pelo STM e na tendência que por hora vêm-se firmando no STF.

5 LEI DO SERVIÇO MILITAR (ART. 34-A)

A Lei do Serviço Militar (LSM) foi criada numa época onde a efervescência política atingia o seu ápice. Com a Revolução Democrática de 1964, uma Junta Militar composta pelo Brigadeiro Francisco de Assis Correia de Melo, o Vice-almirante Augusto Rademaker e o General Artur da Costa e Silva, representantes da Aeronáutica, Marinha e Exército, respectivamente, passou a governar o país em substituição ao Presidente João Goulart formando assim um triunvirato de poder.

Por ser norma produzida em época remota, por óbvio, carece de reformas que venham naturalmente acompanhar a dinâmica constitucional atual.

Nessa seara de modernização do aparato legislativo militar, a Lei 13.954/2019, que reestruturou a carreira dos militares da União, deu nova redação ao art. 34 da LSM e acresceu ao mesmo dispositivo o art. 34-A que indica a possibilidade do licenciamento de militar temporário ao término do tempo de serviço, inclusive os que respondem por crime de deserção.

Art. 34-A. Os militares temporários indiciados em inquérito policial comum ou militar ou que forem réus em ações penais de igual natureza, inclusive por crime de deserção, serão licenciados ao término do tempo de serviço, com a comunicação à autoridade policial ou judiciária competente e a indicação dos seus domicílios declarados.

Compreende-se dessa nova redação que o militar desertor, quando reincluído ao serviço ativo, deverá ser licenciado ao término do serviço militar a que se obrigou (engajado ou reengajados). O militar que está cumprindo o Serviço Militar Obrigatório (SMO), apesar de o dispositivo silenciar a respeito, deverá completar o restante do tempo que lhe falta conforme disposto no art. 6º da LSM.

Sobre o tempo de serviço militar a LSM dispõe o seguinte:

Art. 6º O Serviço Militar inicial dos incorporados terá a duração normal de 12 (doze) meses.

§ 1º Os Ministros da Guerra, da Marinha e da Aeronáutica poderão reduzir até 2 (dois) meses ou dilatar até 6 (seis) meses a duração do tempo do Serviço Militar inicial dos cidadãos incorporados às respectivas Forças Armadas.

§ 2º Mediante autorização do Presidente da República, a duração do tempo do Serviço Militar inicial poderá:

- a) ser dilatada por prazo superior a 18 (dezoito) meses, em caso de interesse nacional;
- b) ser reduzida de período superior a 2 (dois) meses desde que solicitada, justificadamente, pelo Ministério Militar interessado.

§ 3º Durante o período de dilação do tempo de Serviço Militar, prevista nos parágrafos anteriores, as praças por ela abrangidas serão consideradas engajadas.

Com a inserção do art. 34-A, percebe-se que o dispositivo veio suprir lacuna da lei quanto a possibilidade de licenciamento do militar ao término do tempo de serviço. Tal dispositivo visa dar maior segurança jurídica aos comandantes das organizações militares e seus auxiliares na tomada de decisões.

Em apurado estudo da LSM, observa-se que nenhum dispositivo de lei contempla prorrogações sucessivas sem que o interessado assim o requeira.

Art. 33. Aos incorporados que concluírem o tempo de serviço a que estiverem obrigados poderá, desde que o requeiram, ser concedida prorrogação desse tempo, uma ou mais vezes, de acordo com a conveniência da Força Armada interessada.

§ 1º As condições de prorrogação serão estabelecidas em ato dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

Portanto, se a lei não manda o desertor ficar em prorrogação sucessiva, com o objetivo de se ver processar, não pode o Poder Executivo editar decretos ou normas que vão além do que a legislação permite, nem ao intérprete da lei ampliar as hipóteses das condições da ação. Nesse sentido, destaca-se trecho extraído do voto do ilustre Min. Marco Antônio de Farias, da Egrégia Corte Militar:

Portanto, não cabe ao intérprete ampliar as hipóteses de condição da ação ou condição objetiva de punibilidade, haja vista que a lei assim não almejou. Além disso, poderia incorrer-se em indevido caso de abuso de autoridade, tanto da autoridade administrativa quanto da judiciária, em manter o Réu na qualidade de militar da ativa, quando a Lei do Serviço Militar regulamenta os prazos máximos de incorporação (FARIAS, 2019, Online).

Segue o ilustre ministro afirmando que “A referida Lei e seu Regulamento não preveem a hipótese de manutenção do militar nas fileiras das Forças Armadas simplesmente por responder a Ação Penal Militar”.

Corroborando com a tese defendida pelo Min. Farias, a 4ª turma do TRF-4 já se manifestou a respeito do tema da seguinte forma:

Ementa: Administrativo. Serviço Militar Obrigatório. Licenciamento durante o curso de Ação Penal Militar. O art. 145 do Decreto 57.654/66 não impede o licenciamento do incorporado que responde à ação penal militar. Após o termo final do serviço militar obrigatório, o licenciamento é efetuado de ofício, admitida a prorrogação apenas mediante requerimento do interessado, nos termos do art. 33 da Lei 4.735/64. Impossibilidade de prorrogação com o objetivo de aguardar o trânsito em julgado da decisão na ação penal militar para subsequente aplicação da pena de expulsão. Remessa oficial improvida." (REO 50437/PR. Relatora Silvia Maria Gonçalves Goraieb. 4ª Turma (TRF-4). Julgado em 11.5.1999. DJ de 7.7.1999)

Do exposto, a legislação não impede o licenciamento do militar que responde a ação penal militar, mesmo sendo este processo de deserção.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, podemos apontar que a questão não está pacificada no que se refere à condição de militar para o prosseguimento da ação penal. A única certeza é que a condição de militar é

essencial na aceitação da denúncia pela Justiça Militar, conforme estabelece o § 1º do art. 457 do CPPM e a Súmula nº 12 do STM.

Em observância à Teoria da Atividade adotada pelo Código Penal Militar, o fato de o agente ter sido licenciado das fileiras das Forças Armadas durante o curso da Ação Penal em nada modifica a sua condição de militar no momento em que perpetrou o crime de deserção.

Em síntese, entende-se que o *status* de militar tem relevância apenas como condição de procedibilidade não guardando relevância para prosseguimento da ação, conforme tese firmada pela Corte Militar.

Sobre as condições de procedibilidade e prosseguibilidade da ação nos crimes de deserção, observa-se que a questão central, ou seja, o *status* de militar deve ser observada apenas no início da ação, conforme entendimento do STM.

Em relação a inserção do art. 34-A na Lei do Serviço Militar, combinado com o novo entendimento da AGU e do MPM, apesar de prematuro, imagina-se que o advento da lei nova poderá trazer mais segurança jurídica aos envolvidos, principalmente para os comandantes das Organizações Militares que poderão licenciar os militares que respondem a crimes, inclusive o de deserção.

Salvo melhor juízo essa nova interpretação tende a pacificar as controvérsias de anos, no entanto, com a realização da 1ª Jornada de Direito Militar, entre os dias 28 e 30 de maio de 2019, por se tratar de posicionamento recente, ainda não foi possível apontar mudanças na linha de entendimento dos nossos magistrados em relação ao tema principal deste artigo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 10 mar. 2020. Não Paginado.

BRASIL. Lei nº 4.435, de 17 de agosto de 1964. Lei do Serviço Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4375.htm>. Acessado em: 10 mar. 2020. Não Paginado.

_____. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acessado em: 10 mar. 2020. Não Paginado.

_____. Decreto-Lei 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acessado em: 10 mar. 2020. Não Paginado.

_____. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm>. Acessado em: 10 mar. 2020. Não Paginado.

ALVES-MARREIROS, Adriano. *Direito penal militar teoria crítica e prática*. Rio de Janeiro. Método, 2015.

BARROSO, Gustavo. *História Militar do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro : Compainha Editora Nacional, 1938. Disponível em: <<https://bdor.sibi.ufrj.br/bitstream/doc/131/1/49%20PDF%20-%20OCR%20-%20RED.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

DESERÇÃO. Dicionário Online de Português, definições e significados de mais de 400 mil palavras. Todas de A a Z, 2009-2019. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/desercao/>. Acesso em: 28 ago. 2019.

GALVÃO, Fernando Sérgio. Declaração do Voto do Ministro. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, Brasília, v. 24, n. 2, p. 13-28, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/stm/index6/?numero=24&edicao=9479#page/8>> Acesso em: 11 de mar. 2020.

LOUREIRO NETO, José da Silva – 5. ed. *Direito penal militar* – São Paulo : Atlas, 2010. Malheiros, 2005.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de direito penal militar*. 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito processual penal militar*. 2. ed. São Paulo Saraiva 2017.

OLIVEIRA JUNIOR, Gilvan José de. *O crime de deserção e a divergência sobre a condição de militar do agente na ação penal militar*. 2017. 47 f. Trabalho de conclusão de curso

(Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/17797>>. Acesso em: 10 mar.2020.

OLIVEIRA, Arthur Vidigal de. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, Brasília, v. 22, n. 1/2, p. 41-53, jan./set. 2015. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/stm/index6/?numero=22&edicao=2854>> Acesso em 11 mar. 2020

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. *Código Penal Militar comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

SOUZA, Marcelo Ferreira de. *Revista do Ministério Público Militar*. ed. 23 – Brasília : Ministério Público Militar, 2013. O status de militar como condição de prosseguibilidade do processo por crime de deserção – uma construção equivocada. Disponível em: <<http://www.mpm.mp.br/cmmpm-centro-de-memoria/historico-do-mpm/>>. Acesso em 10 mar. 2020

O princípio da plenitude da defesa e a impossibilidade de inovação na tréplica

Antonio Sergio Cordeiro Piedade

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso.
Doutor e Mestre em Direito Penal pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), aprovado em concurso de provas e títulos.
Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT, Campus Cuiabá).
Líder do Grupo de pesquisa Tutela Penal dos Bens Jurídicos Difusos da UFMT.

Ana Carolina Dal Ponte Aidar

Oficial de Gabinete do Ministério Público do Estado de Mato Grosso.
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso e integrante do Grupo de Pesquisa Tutela Penal dos Bens Jurídicos Difusos da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT).

RESUMO: O presente trabalho objetiva abordar a impossibilidade da apresentação de uma nova tese jurídica, exibida pela defesa, no momento da tréplica, no âmbito do Tribunal do Júri, fazendo uma contraposição entre os princípios da plenitude da defesa em oposição à segurança jurídica, à estabilidade das relações processuais, e principalmente, ao princípio do contraditório, o qual abrange ainda, os princípios da boa fé objetiva e da lealdade processual.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Plenitude da Defesa. Princípio do Contraditório. Tribunal do Júri. Inovação na Tréplica.

ENGLISH

TITLE: The Principle Of Defense Fullness And The Impossibility Of Innovation In The Rejoinder.

ABSTRACT: This paper aims to address the (im) possibility of presenting a new legal thesis, presented by the defense, at the time of the rejoinder, within the scope of the Court of Jury, making a contrast between the principles of full defense in opposition to legal security, to the stability of procedural relations, and mainly, to the principle of adversarial, which also covers, the principles of objective good faith and procedural loyalty.

KEYWORDS: Defense Fullness Principle. Contradictory principle. Jury court. Innovation at Rejoinder.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Princípio da plenitude da Defesa – 3 Da impossibilidade de renovação da tréplica – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Trazer uma nova tese jurídica ao plenário do Júri, ao momento da tréplica, que não poderá ser rebatida pelo Ministério Público, violaria o princípio do contraditório ou seria uma técnica perspicaz, em extensão ao princípio da plenitude da defesa? Tal tema tem suscitado polêmica no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira a necessitar a realização de um balanceamento entre os princípios assegurados na Constituição Federal de 1988, haja vista que a legislação pátria não esclareceu veementemente tal ponto.

Considerando que os princípios são normas altamente gerais e abstratas, a temática gera um debate entre o que é permitido e o que é proibido dentro da relação processual, no contexto do Tribunal Popular.

É adotado o método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa em obras doutrinárias, legislação vigente e referências jurisprudenciais.

2 PRINCÍPIO DA PLENITUDE DA DEFESA

Dentre os inúmeros direitos fundamentais enumerados ao longo do extenso artigo quinto da Carta Magna de 1988, encontram-se assegurados aos litigantes, no inciso LV, “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”¹. Segundo Eugênio Pacelli, o contraditório significa “a garantia de a parte poder impugnar – no processo penal, sobretudo a defesa – toda e qualquer alegação contrária”², enquanto a ampla defesa consiste na “defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado”³.

Mais que a ampla defesa, o Júri, tribunal constitucionalmente previsto, deve garantir ao réu, a plenitude da defesa, conforme positivado no artigo quinto, inciso XXXVIII, alínea “a”, da Lei Maior. Ou seja, deverá a defesa do acusado apresentar teses plausíveis, deve-lhe ser assegurado um anteparo técnico, sob pena de este ser considerado indefeso pelo juiz togado.

Enquanto em procedimentos comuns, as decisões são tomadas por magistrados, a partir do princípio da persuasão racional, no Tribunal do Júri, o destino do réu será deliberado por jurados leigos, que terão seu convencimento formado prescindido de qualquer fundamentação, com base na íntima convicção, inclusive acolhendo argumentos não jurídicos. Daí torna-se substancial que a defesa use de todos os meios, dentro das limitações jurídicas, para propiciar ao acusado, um aparato integral, conforme bem preleciona Guilherme de Souza Nucci:

(...) as consequências existem, e precisam ser concretizadas, justamente porque o réu estará em desvantagem no Tribunal Popular, que fará o julgamento sem a fundamentação inerente às decisões do Poder Judiciário e possuindo, contra si, a atuação do Estado-investigação (inquérito) e do Estado-acusação (instrução e plenário), sempre com poder e amplas possibilidades de produção de prova contra o indivíduo⁴

Desta forma, utilizando-se do princípio da plenitude da defesa, poderia o advogado do réu, no instante da tréplica, momento em que não se torna mais possível à manifestação do órgão ministerial, trazer uma nova tese jurídica ao plenário, surpreendendo a todos com uma inovação material? Ainda, poderia a defesa alegar que, a acusação nunca é pega de surpresa, visto que a ela cabe prever os possíveis raciocínios utilizados pela parte contrária?

¹ BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jul. 2016

² PACHELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 44.

³ Id, p. 47.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual e processo e execução penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 37.

3 DA IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO NA TRÉPLICA

É cediço que o princípio do contraditório consiste na troca dialética entre as partes, gerando o debate e a sistematização de ideias, garantindo, deste modo, a igualdade processual dos polos da relação. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover esclarecem que:

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: **ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz.** Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético. É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papei de antagonistas, mas sim de “colaboradores necessários”: cada ura dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve. (grifos nossos) ⁵.

Assim, a exposição de uma tese no plenário do Júri, imune ao crivo do contraditório, contrariaria a própria Constituição Brasileira (que alça o *status* de cláusula pétrea a tal princípio) e violaria o devido processo legal, ao não proporcionar ao órgão acusatório o direito de manifestar-se acerca de determinado fato, trazido ao apagar das luzes.

Esta também é a opinião compartilhada por Paulo Rangel:

A defesa também, em tréplica, não poderá inovar em sua tese defensiva utilizando-se de provas que não constam dos autos por ferir o exercício do contraditório por parte do MP que não poderá contrapor os argumentos da defesa, não obstante a defesa ser ampla. Nem se diga que não há vedação legal à que a defesa inove em sua tese, pois se o processo é um procedimento em contraditório é óbvio que o MP não poderá exercê-lo se não fala depois da tréplica da defesa. Inovação da tese defensiva, utilizando-se de provas que não constam dos autos, na tréplica é cerceamento de acusação e, conseqüentemente, violação ao princípio do contraditório. ⁶ (grifos nossos).

Mais que a igualdade formal, o processo deve possibilitar a paridade de armas entre as partes, de maneira substancialmente análoga, obrigando-se, portanto, a concretizar a vedação da

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 61.

⁶ RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 255.

surpresa, já pacificada no Novo Código de Processo Civil.⁷, conforme leciona Humberto Theodoro Júnior:

(...) o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões (...) impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes⁸.

Ainda, sabe-se que o Tribunal do Júri é composto pelo Conselho de Sentença, formado por sete jurados leigos, cujo conhecimento não demanda uma instrução jurídica avançada. Sua decisão final baseia-se em elementos distintos dos pressupostos utilizados por um juiz togado. Assim, essas pessoas, tendencialmente, impressionar-se-ão mais facilmente, com um argumento que não será contestado ou contraposto pelo órgão ministerial, o que não é salutar às relações processuais, visto que a decisão final sequer será motivada.

Cumprе ressaltar que a tese pertinente à impossibilidade de inovação na tréplica também é adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. NULIDADE EM PLENÁRIO. INOVAÇÃO DE TESE NA FASE DE TRÉPLICA. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A inovação de conteúdo na tréplica viola o princípio do contraditório, pois, embora seja assegurada ao defensor a palavra por último - como expressão inexorável da ampla e plena defesa - tal faculdade, expressa no art. 477 do CPP, não pode implicar a possibilidade de inovação em momento que não mais permita ao titular da ação penal refutar seus argumentos. Tal entendimento, todavia, não se aplica à tese de clemência, uma vez que o quesito previsto no art. 483, III, do Código de Processo Penal é obrigatório, independentemente do sustentado em plenário, em razão da garantia constitucional da plenitude de defesa, cuja ausência de formulação acarreta nulidade absoluta. (...) (REsp 1451538/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 23/11/2018) - Grifos nossos.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE QUESITAÇÃO QUANTO À TESE DE QUE O RÉU AGIU SOB VIOLENTA EMOÇÃO APÓS INJUSTA PROVOCACÃO DA VÍTIMA. MATÉRIA ADUZIDA APENAS POR OCASIÃO DA TRÉPLICA. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. **A jurisprudência deste Superior Tribunal tem assentado que a inovação de tese defensiva na tréplica viola o princípio do contraditório.** Precedentes. 2. O processo - seja civil ou penal - não pode coonestar comportamentos dos sujeitos processuais que impliquem falta de boa-fé e de lealdade com a parte adversária, mesmo em feitos de cariz popular quanto os da competência do Tribunal do Júri. 3. **Embora a defesa técnica tenha assegurada a palavra por último - como expressão inexorável da ampla e plena defesa - tal faculdade, expressa no art. 477 do CPP, não pode implicar a possibilidade de que a defesa inove ao apresentar tese defensiva em momento que não mais permita ao titular da ação penal refutar seus argumentos.**

⁷ Art. 10: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 18 jul. 2016.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto, et al. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 100.

(...) (REsp 1390669/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 26/06/2017) - Grifos nossos.

Neste viés, o voto do ministro Rogério Schietti Cruz, no âmbito do RESP nº 1451538/DF é elucidativo ao asseverar que:

proibir a arguição de tese inaugural em tréplica da defesa durante o julgamento em Plenário do Tribunal do Júri visa impedir que o Ministério Público seja surpreendido com a inovação de tese anteriormente não arguída pela defesa, visto que a acusação não terá outra oportunidade para se pronunciar a respeito. Dessa forma, preserva-se o direito ao contraditório em detrimento à própria plenitude de defesa.

Os contornos da deliberação proferida pelo Júri são indubitavelmente diversos daquela decidida exclusivamente pelo magistrado, o que reforça a ideia de que assim como se faz necessária uma plena defesa ao réu, o contraditório não pode ser transgredido, sendo imprescindível o pronunciamento da parte contrária, quanto ao exposto por seu adversário.

Endossando o entendimento, Ronaldo Batista Pinto assevera que:

De sorte que estabelecer-se a plenitude de defesa não significa dizer que a intenção do constituinte tenha sido de livrar o réu de todo e qualquer regramento processual. A plenitude de defesa não deve jamais importar no estabelecimento de um verdadeiro vale-tudo, desprovido de qualquer disciplina e em franca violação às normas processuais. A se privilegiar tal entendimento, se deveria permitir, por exemplo, que a defesa ocupasse a tribuna por quatro ou cinco horas, já que qualquer limitação contida no artigo 474 feriria o princípio da plenitude da defesa.⁹

Portanto, a impossibilidade da inovação na tréplica, pelo advogado do acusado, em nada trespassa o princípio da plenitude da defesa, dado que esta significa o completo anteparo ao cidadão, mas não consiste na desordem processual, que exige minimamente uma segurança jurídica, a estabilidade das relações e a lealdade das partes. Não se deve confundir o amplo direito de defesa, com o abuso de seu exercício.

Neste contexto, é importante ressaltar a relevância do princípio da lealdade processual para o direito moderno, não apenas voltado ao resultado final atingido, mas também aos meios percorridos para que se chegasse a determinado desfecho. Em meio aos caminhos trilhados, é essencial que os polos da relação tenham empregado a verdade, não agindo de maneira desonesta ou utilizado de meios fraudulentos.

Inclusive, sobre o tema, dispõe Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover que:

⁹ PINTO. Ronaldo Batista. *Inovação na tréplica do júri é estratégia desonesta*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-19/inovacao_treplica_juri_estrategia_desonesta>. Acesso em: 18 jul. 2016.

(...) o processo é um instrumento posto à disposição das partes não somente para a eliminação de seus conflitos e para que possam obter resposta às suas pretensões, mas também para a pacificação geral na sociedade e para a atuação do direito. Diante dessas suas finalidades, que lhe outorgam uma profunda inserção sócio-política, **deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins**. O princípio que impõe **esses deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo** (partes, juízes e auxiliares da justiça; advogados e membros do Ministério Público) denomina-se princípio da lealdade processual¹⁰ (grifos nossos).

Em razão do debate e da dialética, ínsitos ao Tribunal do Júri, o fio condutor para balizar os interesses contrapostos é o princípio da lealdade processual, que visa conter os possíveis abusos cometidos pelos litigantes, para que o processo ocorra de uma forma proba. E o dever de lealdade, certamente, não se concilia com a apresentação de uma proposição jurídica, totalmente inédita, que não poderá ser, ao menos, rebatida pela parte contrária.

Ademais, os sujeitos do processo possuem a obrigação de agir eticamente, sendo o princípio da lealdade processual, corolário da boa fé objetiva, imprescindível para o bom desenvolvimento da lide. Não age com probidade, quem traz argumentos, os quais estarão isentos do debate bilateral, ao contrário, o faz de má-fé, para induzir os jurados em erro, o que afronta, além de tudo, o princípio da segurança jurídica.

Segundo João Batista de Almeida, “*o advogado que, ao defender o réu perante o Tribunal do Júri, atesta fatos como testemunha pessoal do caso, produz prova inédita do feito, que acarreta nulidade do julgamento*”¹¹. Assim, a prova surpresa levada à tréplica pela defesa, infringe inúmeros princípios constitucionais, razão pela qual, sua presença acarretará a nulidade do julgamento.

Não menos importante, é pertinente recordar, que assim como os demais princípios dispostos no ordenamento jurídico brasileiro, a plenitude da defesa não é direito fundamental absoluto. Assim, estará passível da ponderação de princípios, no caso de choque entre estes. Como supramencionado, a inovação da defesa, na tréplica, confronta os princípios do contraditório, da lealdade processual e da segurança jurídica em contrapartida ao princípio da plenitude da defesa, sendo necessário estabelecer o sopesamento dentre eles, conforme as lições de Humberto Ávila:

A ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento; a concordância prática exige a realização máxima de valores que se imbricam; a proibição de excesso proíbe que a aplicação de uma regra ou de um

¹⁰ Op. cit., p. 77.

¹¹ ALMEIDA, João Batista. *Manual do Tribunal do Júri: iudicium accusationes e iudicium causae*. 1. ed. Cuiabá: Entrelinhas, 2004, p. 90.

princípio restrinja de tal forma um direito fundamental que termine lhe retirando seu mínimo de eficácia.¹²

A plenitude da defesa, portanto, será exercida e deve ser assegurada pelo Poder Judiciário, por meio das regras processuais que regem o ordenamento pátrio, não consistindo a negativa da inovação em tréplica em qualquer tipo de retaliação a tal princípio. Ora, como partes no processo, o réu e seu advogado também se submetem ao crivo do contraditório e aos deveres de boa-fé e lealdade processual, em um balanceamento principiológico necessário para que haja uma tutela jurisdicional eficaz.

4 CONCLUSÃO

Permitir a apresentação de uma tese inédita, no momento da tréplica, no âmbito do plenário do Júri, não é uma alternativa que resguarda o bom seguimento processual, visto que um dos pilares deste tribunal é, justamente, a discussão, além de que tal manobra transgrediria inúmeros princípios processuais penais norteadores do ordenamento jurídico brasileiro (previstos, inclusive, na norma constitucional).

Desta forma, conclui-se pela impossibilidade da inovação, pela defesa, na tréplica, pelas seguintes razões: I) violação ao princípio do contraditório, constitucionalmente previsto, não oportunizando a acusação a oportunidade de manifestação; II) dever de lealdade processual entre as partes, visto que estas possuem o compromisso de agir eticamente; III) oferecimento de insegurança jurídica para o ordenamento, visto que as relações processuais perderão a transparência; IV) instabilidade processual, já que os atos praticados pelas partes serão realizados conforme seu bel-prazer; V) uso de má-fé pela defesa, ao trazer para o procedimento, no último instante, conteúdo que não será contraditado, com o fito de persuadir os jurados leigos, o que caracteriza o cerceamento ao Ministério Público, representante da sociedade.

¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 130.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. *Manual do Tribunal do Júri: judicium accusationes e judicium causae*. 1. ed. Cuiabá: Entrelinhas, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual e processo e execução penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

PINTO, Ronaldo Batista. *Inovação na tréplica do júri é estratégia desonesta*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-19/inovacao_treplica_juri_estrategia_desonesta>. Acesso em: 18 jul. 2016.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, et al. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A (in)constitucionalidade dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas

Mauro Machado Guedes

Delegado de Polícia Civil do Distrito Federal

Especialista em Direito da Administração Pública (UFF)

Mestrando em Direito (UNICEUB)

RESUMO: Não é recente e tampouco conclusivo o debate acerca da constitucionalidade dos regulamentos disciplinares dos militares federais – Decretos nº 88.545/83 (Marinha), 4.346/2002 (Exército), e 76.322/75 (Aeronáutica). Há argumentos consistentes de ambos os lados (constitucionalidade *versus* inconstitucionalidade). A proposta veiculada no presente artigo é analisar a evolução histórica dessa dicotomia, sistematizando os pontos de contraste e lhes acrescentando novas referências, tanto no plano doutrinário (sistema de direito disciplinar militar), como no jurisprudencial (temas de Repercussão Geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal).

PALAVRAS-CHAVE: (In)constitucionalidade. Regulamentos disciplinares das Forças Armadas. Decretos *versus* leis em sentido estrito. Dicotomia histórica. Sistematização. Novas referências doutrinárias e jurisprudenciais.

ENGLISH

ABSTRACT: The debate on the constitutionality of the disciplinary regulations of the federal military – Decrees No. 88.545/83 (Navy), 4.346/2002 (Army), and 76.322/75 (Aeronautics) is not recent and not conclusive. There are consistent arguments on both sides (constitutionality *versus* unconstitutionality). The proposal published in this article is to analyze the historical evolution of this dichotomy, systematizing the contrast points and adding new references to

them, both in the doctrinal plane (military disciplinary law system), as well as in the jurisprudential (themes of General Repercussion within the Supreme Federal Court).

KEYWORDS: (In)constitutionality. Disciplinary regulations of the Armed Forces. Decrees versus laws in the strict sense. Historical dichotomy. Systematization. New doctrinal and jurisprudential references.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A Soberania do país depende da disciplina militar: legitimidade dos regulamentos – 3 O panorama normativo disciplinar das Forças Armadas e as críticas que lhe sobrevieram – 4 Em defesa da constitucionalidade: a juridicidade do sistema de direito disciplinar militar – 5 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

A existência de regulamentos disciplinares para as Forças Armadas se justifica pela necessidade de operacionalidade (organização, preparo e emprego) das tropas e do caráter dissuasório – em face de ameaças externas e internas à Soberania Nacional – que conseqüentemente subjaz a essa condição operacional.

Tanto a possibilidade iminente de hostilidades internacionais quanto os riscos que eventuais insurgências intestinas representam para esse sensível axioma evidenciam a relevância e atualidade do tema.

Ocorre que seu tratamento normativo está longe de ser pacífico, haja vista a forma como a temática foi inserida no ordenamento jurídico – por meio dos Decretos nº 88.545/83 (Marinha), 4.346/2002 (Exército), e 76.322/75 (Aeronáutica). Disso exsurtem contestações – na doutrina e jurisprudência – no sentido de exigir a veiculação do assunto, obrigatoriamente, por meio de lei em sentido estrito.

A proposta veiculada no presente artigo é analisar a evolução histórica dessa dicotomia, sistematizando as posições dialéticas e lhes acrescentando novas referências, tanto no plano doutrinário, como no jurisprudencial.

No tópico subsequente, é realizada a análise sobre a aludida relação de dependência entre a Soberania Nacional e a vigência dessas normas cuja compatibilidade constitucional ora se rediscute. Hierarquia e Disciplina não seriam, assim, os únicos bens jurídicos legitimadores do Direito Disciplinar militar, nem os mais importantes, posto que apenas instrumentais à tutela de algo bem mais valioso: a segurança interna e externa do Estado Democrático de Direito e a respectiva normalidade da vida em sociedade.

Em seguida, passa-se ao escrutínio do panorama normativo disciplinar propriamente dito¹, regente das Forças Armadas, e das vozes que lhes são contrárias, principalmente pela forma como vieram ao mundo (jurídico). Com efeito, seja sob o aspecto formal, seja no material, tanto pelo ponto de vista do controle concentrado de constitucionalidade, quanto pelo prisma difuso, não há calmaria nas águas desbravadas pelas linhas a seguir.

Chega-se então ao ponto de defesa da constitucionalidade, que não deixa de ser a tese até aqui vencedora do embate, haja vista o estado de vigência das normas desde a sua publicação até os dias atuais. Para além do tecnicismo formal, ganha relevo nesse recorte temático, a essência axiológica dos regulamentos disciplinares, permeáveis a conhecimentos oriundos de outras disciplinas jurídicas, como também de ciências humanas interdisciplinares, viabilizando um sistema de direito disciplinar militar.

Em arremate, as conclusões finais revelam a solução jurídica à qual nos filiamos e os desdobramentos possíveis dessa opção.

2 A SOBERANIA DO PAÍS DEPENDE DA DISCIPLINA MILITAR: LEGITIMIDADE DOS REGULAMENTOS

Tão antiga quanto a própria condição humana e o seu conjunto de relações entre si (vida em sociedade) é a situação extrema na qual os grupos humanos se enfrentam até chegarem ao ponto de se matarem, vulgarmente conhecida como guerra.

Anthony Giddens ensina que: nada menos do que 14.000 (quatorze mil guerras) foram engendradas ao longo da história da humanidade, com o abominável resultado, apenas no século XX, de 100.000.000 (cem milhões) de mortes humanas, tudo isso sem considerar os inexoráveis prejuízos ambientais e culturais necessariamente advindos da resolução das controvérsias

¹ Desde a sua raiz constitucional, passando pelos supedâneos legislativos, até chegar nas controversas pontas decretadas.

comunitárias pela força². O fato é que, na cronologia do homem, de acordo com o autor, os períodos de paz é que são absolutamente excepcionais.

Inobstante, grassa na ambiência acadêmico-intelectual uma ideologia utópica de pacifismo radical³. Assim, ao arrepio dos fatos⁴, boa parte da comunidade internacional acredita que, por “decreto”⁵, seja capaz de desnaturar a brutalidade humana e toda sorte de gatilhos imprevisíveis (crises econômicas e de abastecimento, pandemias virais ou bacteriológicas, dissensos identitários, religiosos ou étnico-culturais, por exemplos) que possam deflagrar a matança desordenada do homem pelo homem.

O problema, por óbvio, não é a louvável e necessária previsão convencional e tampouco o discurso ideológico em si mesmo, mas sim as consequências práticas que possam advir dos eufemismos, não sendo possível afirmar que todas as guerras são injustas ou desnecessárias⁶, com o consectário lógico de satanização das Formas Armadas.

As “guerras assimétricas” são uma realidade⁷ e, nesse contexto, Lacava Filho pondera que a noção da doutrina de “Guerra Justa” vem ressuscitando a serviço de uma concepção realista (*real polict*) de Direito Internacional Público⁸. É que, por mais belas que sejam as ideias, nem sempre elas resistem ao teste de primazia da realidade.

No Brasil, em alinhio a essa diretriz empírica de raciocínio, não se nega a vocação pacifista e a busca pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (Constituição da República, artigo 4º, incisos VII e IX), mas isso não significa descuidar da relevância estratégica das Forças Armadas Nacionais no cenário internacional, conforme consignado no Livro Branco da Defesa Nacional, publicado em 2012 (Ministério da Defesa, p. 235):

Os riscos da não prontidão para a defesa podem implicar custos maiores. Apesar de possuir uma tradição pacífica, o Brasil não pode ser visto como uma nação indefesa e desarmada. A defesa Nacional representa o “seguro” que o Estado brasileiro deve

² GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Alexandra Figueiredo, Catarina Lorga da Silva e outros. 9ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 1192.

³ HABERMAS, Jürgen. *El Proyecto Kantiano y el Occidente Escindido*, in: *El Occidente Escindido. Traducción de José Luis López de Lizaga*. Madrid: Trotta, 2006, p. 141.

⁴ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução de Antônio Ulisses Cortês. 5ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 370-371. Ensina o filósofo austríaco que, desde a queda do muro de Berlim, não houve um só dia em que, em algum lugar do mundo, não houvesse guerra.

⁵ Carta das Nações Unidas, artigo 51.

⁶ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução de Antônio Ulisses Cortês. 5ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 372.

⁷ Também chamada de guerra de 4ª geração trata-se de uma evolução dos conceitos de batalha campal (1ª geração), guerra de trincheira (2ª geração) e conflito com operações táticas (3ª geração), até chegar à guerra assimétrica, conflito no qual uma das partes, dotada de uma força implacável, trata de destruir a outra, infinitamente mais débil, que combate de maneira não convencional e irregular. (conforme VISACRO, Alessandro. *A guerra na Era da Informação*. São Paulo: Contexto, 2018, p.110-201).

⁸ FILHO, Nelson Lacava. *Bases do Sistema de Direito Penal Militar*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 134.

renovar permanentemente, com estabilidade e previsibilidade, de forma a garantir um ambiente favorável ao pleno desenvolvimento econômico e social.

Nas palavras de Lacava Filho⁹:

não que o estado brasileiro entenda, no que diz respeito à defesa, que deve utilizar-se da guerra como alternativa à diplomacia, mas fica claro que há uma preocupação no sentido de que o País esteja preparado para um eventual conflito de grandes proporções e, mesmo que este não ocorra, deve a preparação de suas Forças Armadas demonstrar força tal que eventuais inimigos sejam dissuadidos de um eventual ataque à soberania brasileira.

Com efeito, evidenciado o prisma pelo qual as hostilidades alienígenas não sejam uma realidade tão distante quanto se prometa ou se queira acreditar, justifica-se a existência de um aparato jurídico-disciplinar hábil a assegurar, de forma imediata, a operacionalidade das Forças Armadas e, de forma mediata, a própria Soberania nacional.

Nesse mesmo sentido são os dizeres de Miranda Teles¹⁰:

O art. 142 da CF indica a hierarquia e disciplina como princípios basilares e sustentáculos das forças Armadas. Sem a incidência de tais preceitos, as Forças 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 riscos de perdas humanas militares e civis. Os dois princípios foram erigidos à condição de enunciados normativos e se espraiam por toda a legislação aplicável ao Direito Militar, inclusive na esfera penal militar, cujos tipos incriminadores, mesmo que de forma reflexa, tutelam esse binômio quando o sujeito ativo é militar. Cabe ainda ressaltar que, tal qual os demais enunciados de igual estatura, a hierarquia e disciplina não são princípios inafastáveis e absolutos, comportando mitigação quando, no caso concreto, são confrontados com outros princípios e regras que valorizem a dignidade humana.

Não é por acaso, portanto, que a Soberania assumiu lugar de destaque – artigo 1º, inciso I - na Constituição da República de 1988. É que sobre essa viga de fundação se erige toda a arquitetura constitucional brasileira contemporânea (fundamentos, Poderes, objetivos fundamentais, princípios nas relações internacionais, direitos e garantias fundamentais).

Mas não é somente sob o ponto de vista externo que tão nobre desiderato é colocado em situação de risco, sendo também possível vislumbrar ofensas à Soberania na vigência do “tempo de paz”.

Assim é que, conforme Lacava Filho, “*para além do viés tradicional de emprego das forças armadas “guerra-dissuasão”, a realidade política e social brasileira, bem como o preceito constitucional estabelecido no artigo 142 da Constituição da República, tem imposto às*

⁹ Ibidem, p. 137.

¹⁰ MIRANDA TELES, Fernando Hugo. In: *Estatuto dos Militares Comentado*. Curitiba: Juruá, 2019, p. 77.

*Forças Armadas um emprego diverso do tradicional (...)*¹¹. Trata-se das Operações de Paz, das ações de garantia da Lei e da Ordem, do Policiamento de Fronteira e das Ações Subsidiárias.

Esse é um cenário, não exclusivamente nacional, decorrente da Nova Ordem Mundial, estabelecido a par da já mencionada situação de combate assimétrico. A complexidade que subjaz à vida social contemporânea – conforme ideia preconizada pela famigerada expressão “Sociedade de Risco” – exige dos militares um treinamento adequado não só para o eventual enfrentamento bélico, mas também (e principalmente) para a minimização de problemas sociais¹². O certo é que combate mudou com a evolução social.

No Brasil, a Lei Complementar nº 97/1999 chancelou expressamente a possibilidade de insuficiência de recursos dos entes da Federação para fazer frente às suas responsabilidades de segurança pública e outras atividades de assistência social e defesa civil como pedra de toque para esse emprego anômalo das tropas militares federais. Nesse diapasão, ao dispor sobre as normas gerais quanto à operacionalidade das Forças Armadas (organização, preparo e emprego), indica-lhe uma fisionomia diversa daquela que lhe é originalmente atribuída: os militares federais assumem o controle operacional da segurança pública¹³ e exercem outras atribuições subsidiárias¹⁴, quando esgotados os meios tradicionalmente previstos para esses fins.

Nesse contexto de (re)organização das atribuições estatais, o ponto que interessa ao presente trabalho é o seguinte: se o problema social é grave o suficiente para que ocorra o chamamento das Forças Armadas para atuar na espécie, é perfeitamente possível que a situação evolua a ponto de colocar em xeque a Soberania Nacional. Há, inclusive, vozes autorizadas no sentido de que sejam aplicadas, a tais comoções intestinais, as regras inerentes ao Direito Internacional Humanitário, viabilizando o uso letal da força em ataques contra objetivos militares legítimos¹⁵.

¹¹ FILHO, Nelson Lacava. *Bases do Sistema de Direito Penal Militar*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 160.

¹² RABELLO DE SOUZA, Marcelo Weitzel. As novas missões das Forças Armadas e as lacunas no direito brasileiro. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, nº 24, ano XXXIX, p. 22, nov. 2014.

¹³ Como exemplo, é possível citar a atuação conjunta das Forças Armadas em Operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) em comunidades carentes do Rio de Janeiro, como a Favela da Maré e Morro do Alemão, a fim de retirar tais complexos do domínio do tráfico de drogas e garantir a segurança e o direito ambulatorial da população.

¹⁴ Policiamento na faixa de fronteira, por exemplo, entre outras situações previstas na LC nº 97/1999.

¹⁵ CAVALCANTI, Eduardo Bittencourt. Quando haverá um conflito armado no Rio de Janeiro: os cenários cariocas e o marco legal aplicável à violência de fato vivenciada na cidade. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, nº 31, ano XLIV, p. 44, nov. 2019. Na mesma edição da Revista, é possível encontrar artigos com a sustentação de posição intermediária (ampliação do conceito de legítima defesa, sem o uso letal da força nos moldes do DIH – Carlos Frederico de Oliveira Pereira) e de posição diametralmente oposta (aperfeiçoamento normativo de institutos jurídicos já existentes no direito penal interno, sem qualquer possibilidade de aplicação do DIH – Najla Nassif Palma).

O fato é que, na dinâmica tessitura social hodierna, nacional e internacional, não mais se admite que a vida castrense seja vista de forma completamente autônoma com relação à vida civil. Essa noção perfunctória de alijamento é incapaz de capturar a real dimensão do militar atual, não apenas como um homem das armas, mas também como um policial e um operador social¹⁶.

Se esse tecido fino a qualquer momento pode se rasgar, junto com a Soberania (que é a base), sucumbem os próprios direitos e garantias individuais e coletivos. Quem garante esse sutil equilíbrio de bens jurídicos constitucionais são as Forças Armadas. E o que assegura seu bom funcionamento são os respectivos regulamentos disciplinares.

Assentadas as premissas quanto à legitimidade contemporânea – externa e interna - não só das Forças Armadas, como também das normas disciplinares que lhes viabilizam as características de operacionalidade (organização, preparo e emprego) para a defesa da Pátria¹⁷, necessária se faz a incursão analítica sobre esse panorama regulamentar propriamente dito.

3 O PANORAMA NORMATIVO DISCIPLINAR DAS FORÇAS ARMADAS E AS CRÍTICAS QUE LHE SOBREVIERAM

A Constituição da República, em seu artigo 5º, LXI, dispõe de forma categórica 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.”*

Essa é a norma fundamental sobre a qual se erigem as regras disciplinares das Forças Armadas. O fundamento de validade desses regulamentos, portanto, não só tem assento constitucional, como também é alocado no seletivo rol de direitos e garantias individuais e coletivos expressamente dispostos na Lei Maior (artigo 5º).

Portanto, é dessa pedra angular que defluem, em primeiro lugar, as Leis nº 5.774/1971 e 6.880/1980, e, em seguida, os Decretos nº 88.545/83, 4.346/2002 e 76.322/75, que extraem fundamento de validade daquelas Leis. Por isso, vale a pena transcrever o dispositivo legal específico que corrobora essa assertiva¹⁸:

¹⁶ FIANDACA, Giovanni. *Quale specialità per il Diritto Penale Militare. Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, ano LI, p. 1063, jul/set. 2008.

¹⁷ Não se pode olvidar que o vocábulo Pátria (grafado com inicial maiúscula) só aparece uma única vez no texto constitucional, justamente no dispositivo que define as Forças Armadas (*caput* do artigo 142).

¹⁸ Artigo 47 da Lei nº 6.880/1980 – Estatuto dos Militares.

Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

Jorge César de Assis ensina que “*ao se referir à transgressão disciplinar, o dispositivo constitucional está admitindo a existência de um Regulamento Disciplinar, já que são exatamente os Regulamentos que contêm o rol das transgressões disciplinares militares*”¹⁹.

Ocorre que a forma como tais normas vieram ao mundo não as imunizaram de críticas. Muito pelo contrário. A maior evidência sintomática dessa linha de raciocínio foi o ajuizamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3340, em 2004, hostilizando a constitucionalidade formal do Decreto nº 4.346/2002 (RDE²⁰) e seu anexo I, tendo em vista o disposto na expressão “*definidos em lei*” prevista no aludido artigo 5º, LXI, da Constituição da República.

A ação constitucional tinha como fundamento o princípio da recepção de normas pela Constituição, desde que observada a compatibilidade material entre a norma submetida ao filtro da Lei Maior e o seu conteúdo axiológico, do que resultaria uma “convalidação”, *rectius*, recepção, do vício formal inerente à norma testada.

O Supremo Tribunal Federal (STF), todavia, não conheceu dessa medida de controle concentrado de constitucionalidade, na forma do artigo 3º da Lei nº 9.868/99, deixando de apreciar o mérito em razão da ausência de exatidão na formulação da ADI nº 3340 quanto às disposições e normas violadoras deste suposto regime de reserva legal estrita.

Não obstante, há quem defenda²¹ que a decisão prolatada na ADI nº 3340 deva ser interpretada como um apelo ao legislador²² para que providencie a adequação necessária, devendo o vício formal do RDE ser extirpado do ordenamento jurídico brasileiro, como solução de manutenção da coerência interna das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Há quem sustente, ainda, não se tratar de defeito meramente formal, espalhando-se então a crítica para os regulamentos das outras Forças (Decretos nº 88.545/83 e 76.322/75). Nessa

¹⁹ ASSIS, Jorge César de. *Curso de Direito Disciplinar Militar* – da simples transgressão ao processo administrativo. Curitiba: Juruá, 2018, p. 108.

²⁰ Abreviatura referente à expressão “*Regulamento Disciplinar do Exército*”.

²¹ No Seminário de Direito e Processo Administrativo Militar, realizado na sede da Procuradoria Geral de Justiça Militar nos dias 09 e 10 de março de 2020, o palestrante Mário André da Silva Porto, Promotor de Justiça Militar, defendeu que o problema não se restringe ao âmbito jurídico, havendo um cenário histórico de iniquidade pela hipertrofia do Poder Executivo, que acaba por gerar no Poder Legislativo um desprezo quanto à necessidade de legislar sobre o tema.

²² Conforme leciona o eminente professor Dirley da Cunha Júnior em seu Curso de Direito Constitucional (Editora Juspudivm – 11ª Edição), a técnica do apelo ao legislador implica em decisão de rejeição da inconstitucionalidade, vinculada, contudo, a uma conclamação ao legislador para que este entabule as medidas corretivas ou de adequação necessárias. Na hipótese de o legislador não satisfazer a exortação do Tribunal, a lei declarada ainda constitucional considerar-se-á válida até que, devidamente provocado, venha o Supremo Tribunal Federal proferir nova decisão.

toada de inconstitucionalidade material, o ataque se dirige à incompatibilidade entre o conteúdo dos regulamentos e os preceitos que tratam dos direitos e garantias do cidadão²³.

Em consonância com tal linha de pensar, Eliezer Pereira Martins aponta que a anomalia de privação da liberdade por infração disciplinar é situação séria o suficiente para ser tratada em lei propriamente dita, do que decorre a inconstitucionalidade material dos regulamentos disciplinares²⁴.

Nem mesmo o outrora consolidado princípio da recepção de normas pela Constituição restou imune aos ataques, com a utilização recorrente em demandas ajuizadas na Justiça Federal de piso, como forma de denegrir a tese da impossibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade formal superveniente, do disposto no artigo 25, I, do ADCT, *verbis*: “*Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a ação normativa*”.

E foi assim que o tema chegou novamente ao STF, inobstante as novas roupagens que lhe sobrevieram.

No Recurso Extraordinário nº 610.218/RS, houve irresignação quanto à aplicação concreta de punição disciplinar a servidor público militar, sob o fundamento de exigência de lei em sentido formal para instituir punição disciplinar imposta a militar. A questão da legalidade das punições previstas no Decreto Estadual nº 43.245/2004, editado pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul, todavia, foi considerada pelo STF como sendo de natureza infraconstitucional, pelo que foi reconhecida a ausência de Repercussão Geral quanto ao **Tema 270** (decisão prolatada em 29/04/2010).

Já no Recurso Extraordinário nº 603.116/RS, interposto contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do indigitado artigo 47 do Estatuto dos Militares, com a consequência lógica de reconhecimento do vício do plano de validade subsequente, com a ilegalidade do RDE, houve o reconhecimento de que o tema é eminentemente constitucional, não se confundindo com o tema anterior (270), extrapolando os interesses subjetivos das partes e, portanto, sendo de repercussão geral (**Tema 703**, reconhecido em 07/03/2014)²⁵.

²³ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar – Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003. p. 57.

²⁴ MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua Processualidade*. Leme: Editora de Direito, 1996, p. 87.

²⁵ Os autos estão conclusos com o Ministro relator Dias Toffoli, desde 15/10/2018.

Exposto o pano de fundo normativo que subjaz à temática veiculada no presente artigo, com as vastas e consistentes críticas que se lhe apresentam, cumpre então analisar os possíveis contrapontos que, por via de consequência, corroboram o plano de validade da normatividade estabelecida.

4 EM DEFESA DA CONSTITUCIONALIDADE: A JURIDICIDADE DO SISTEMA DE DIREITO DISCIPLINAR MILITAR

A par da solidez argumentativa subjacente às concepções que defendem a exigência de lei em sentido formal para a veiculação dos regulamentos disciplinares dos militares federais, existem apreciações, não menos densas, quanto à constitucionalidade do estado atual de coisas no ordenamento jurídico-militar brasileiro.

Com proeminência, Jorge César de Assis parte da premissa de que “*a Carta Magna não possui dispositivos antagônicos entre si; qualquer contradição aparente implica o esforço necessário para a conciliação das normas estabelecidas em dispositivos constitucionais diversos a serem considerados*”²⁶. Nessa linha de raciocínio, a norma constitucional basilar da presente controvérsia – artigo 5º, LXI – deve ser interpretada de forma restrita, de modo que haja compatibilização de seu conteúdo com outras normas, de mesma hierarquia constitucional, incidentes sobre a matéria, quais sejam: estruturação das Forças Armadas com base na hierarquia e disciplina (*caput* do artigo 142), submissão das Forças Armadas ao comando supremo do PR (artigo 84, inciso XIII)²⁷, competência deste agente público para editar decretos visando à fiel execução das leis (artigo 84, inciso IV) inadmissibilidade de HC em face de transgressões disciplinares (artigo 142, §2º).

Ora, todo esse arcabouço normativo deve ser levado em consideração pelo exegeta constitucional a fim de extrair o real significado da norma inculpada no artigo 5º, LXI. Assim é que, apesar de ambos os tipos de ilícito militar – penal e disciplinar – estarem consignados no mesmo dispositivo, certo é que não possuem a mesma carga axiológica, e esse evidente *discrímen* se manifesta na forma pela qual tais injustos se apresentam no mundo exterior (leis, no primeiro caso e decretos, no segundo).

²⁶ ASSIS, Jorge César de. Curso de Direito Disciplinar Militar – da simples transgressão ao processo administrativo. Curitiba: Juruá, 2018, p. 111.

²⁷ Esse comando supremo exercido pelo Presidente sobre as Forças Armadas apresenta paralelo em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros, o que indica de forma segura constituir um elemento jurídico-estratégico de preservação da Soberania Nacional (Ibidem, p. 117).

O referido autor corrobora sua tese com base em análise doutrinária especializada haurida do direito comparado ao invocar José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto: “*ao comentar o dispositivo constitucional espanhol, ressalta, todavia, que o direito disciplinar está sujeito à reserva da lei (princípio da legalidade: art. 25.1 da Constituição Espanhola), o que não exclui a possibilidade de que as leis contenham remissões a normas (...)*”²⁸.

Dessa forma, o Brasil, tal qual o modelo espanhol, teria adotado um princípio da legalidade ampla para aceitar os regulamentos que definem infrações e penas administrativas na seara militar, nos exatos moldes da norma de remissão prevista no artigo 47 do Estatuto dos Militares.

Indo além, o já mencionado José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto chama a atenção para o perigo de preconizar um transplante de todas as garantias penais e processuais para o âmbito sancionador administrativo. Essa transposição acrítica afetaria o sutil equilíbrio entre as garantias básicas do infrator e as prerrogativas da Administração Pública militar no exercício de sua potestade disciplinar.

Caso tal equilíbrio se desfaça, existe o risco de hipertrofismo da potestade sancionadora estatal, sendo certo que o neoconstitucionalismo é repleto de mecanismos de freios e contrapesos para prevenir tal situação, mas existe aflição ainda maior ante a possibilidade trazida pelo extremo oposto: o inchaço nas garantias do infrator, induzido por um irrefletido efeito mimético de transposição em bloco do processo penal para o administrativo, capaz de menoscabar as prerrogativas da Administração reduzindo-as até quase sua eliminação (tisonando, por consequência, o interesse público que legitima e é resguardado por essas prerrogativas).

Voltando ao terreno prático da celeuma, é possível observar a ausência de uniformidade nas decisões da Justiça Federal de piso que declaram incidentalmente a inconstitucionalidade dos decretos que regulamentam a disciplina das forças Armadas. Por um lado, há decisões lastreadas no disposto no indigitado artigo 25, I, do ADCT, mas que, em homenagem à segurança jurídica, asseguram o efeito repristinatório da normatividade anterior, qual seja: Decreto 90.608/1984²⁹. Por outro, existem sentenças que fulminam tanto a situação jurídica atual (RDE) quanto essa que lhe antecedeu (Decreto 90.608/1984, convém repetir)³⁰.

Ora, no primeiro caso, se o bem jurídico a ser tutelado é o da segurança jurídica, afigura-se um contrassenso revogar uma norma, sob o fundamento de inconstitucionalidade formal, para

²⁸ ASSIS, Jorge César de. *Curso de Direito Disciplinar Militar* – da simples transgressão ao processo administrativo. Curitiba: Juruá, 2018, p. 113.

²⁹ HC nº 2004.31.00.001279-2 – 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Amapá.

³⁰ Recurso em Sentido Estrito nº 2004.71.02.005966-6/RS – Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

trazer à tona a normatividade anterior, de mesma roupagem (Decreto), muito menos consentânea aos princípios constitucionais do que a norma revogada (RDE, de 2002), mais contemporânea.

No segundo caso, a exacerbação do tecnicismo de controle constitucional produz efeitos ainda mais deletérios: a declaração de inconstitucionalidade formal do RDE produz um vácuo jurídico acerca da matéria, que fica ao sabor das vontades individuais, traduzindo-se, agora sim, em autêntico *Estado de Coisas Inconstitucional*³¹ quanto à garantia de efetividade (operacionalidade das Forças Armadas) de sua viga-mestra: a Soberania Nacional.

Em sede de arremate, Assis ensina que, na verdade, é o artigo 47 do Estatuto dos Militares que foi submetido, com êxito, ao teste de constitucionalidade da CF/88, tendo sido, portanto, recepcionado sem ressalvas³². Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas nada mais são do que desdobramentos lógicos dessa fonte normativa, editados sob decretos no exercício da autoridade suprema do PR, em salvaguarda imediata da hierarquia e disciplina militares e da Soberania Nacional, de forma mediata.

Com efeito, uma diretriz possível para o iminente deslinde da controvérsia – quando da apreciação do mérito do **Tema 703** submetido ao STF em sede de já reconhecida Repercussão Geral - não é o transplante acrítico de garantias penais e processuais para o âmbito sancionador administrativo, do que resultaria uma inexorável exigência de lei em sentido estrito para a previsão dos ilícitos disciplinares, mas sim uma adequação de legalidade num sentido mais amplo.

Superar-se-ia, pois, a fé cega nas leis como solução para problemas complexos da atualidade, como é o caso do objeto do presente artigo. Até porque no contexto pós-moderno de crise da lei, observa-se uma ruptura paradigmática da legalidade como vinculação positiva à lei, passando ao princípio da juridicidade administrativa, conforme valiosa e certa lição do doutrinador Gustavo Binbenojm.

O desprestígio do legislador e a crise da lei formal já se afiguram, hoje, como um fenômeno universal, em trecho do aludido autor cuja transcrição é imperativa³³:

³¹ Expressão utilizada pelo STF, na ADPF 3470 (2015), para reconhecer a situação de violação generalizada a direitos fundamentais pela inércia estatal ante o sistema carcerário brasileiro.

³² A fim de substanciar seu entendimento, o autor indica a construção jurisprudencial dos Tribunais Superiores ao longo do tempo, indicando, a título de exemplos, o MS nº 9.710/DF (STJ) e o RE nº 600.855 (STF), sendo certo que não houve fato superveniente a ensejar o fenômeno de superação jurisprudencial conhecido como *overruling* e tampouco o ajuizamento de novas ações de controle concentrado de constitucionalidade com o fito de hostilizar os Decretos ou mesmo manifestação do Congresso Nacional para a suposta preservação de sua competência legislativa, na forma do artigo 48, XX, da Constituição da República.

³³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 125-126.

Se a promessa de racionalização do mundo, aspiração mais alentada da modernidade, jamais chegou a realizar-se completamente no plano da organização das sociedades políticas, essa promessa foi frustrada, em larga medida, pelo fracasso da lei formal como projeto jurídico-político. Tal crise é perceptível em todos os países, sendo, todavia, mais evidente em Estados ligados à tradição jurídica romano germânica, nos quais a lei escrita – produto da vontade manifestada por representantes eleitos pelo povo – sempre se reservou o papel de protagonista da criação do direito.

A crença inabalável no mito positivista de completude do ordenamento jurídico não merece, portanto, ser o porto seguro para aporte do presente embate de posições, haja vista a natureza tormentosa das águas pelas quais navega. É que a garantia de operacionalização (organização, preparo e emprego) das Forças Armadas, autêntico suporte à defesa da soberania nacional, deve-se materializar por instrumentos normativos disciplinares capazes de se adequarem a essa fluidez dinâmica.

Esse é o caminho trilhado por Eros Roberto Grau, ao afirmar que “*a legalidade será observada ainda que a função normativa seja desenvolvida não apenas pelo Poder Legislativo.*”³⁴ A própria Constituição Federal de 1988 cria amplo espaço normativo primário para o Poder Executivo, que pode legislar por meio de medidas provisórias ou leis delegadas (artigos 62 e 68), além de estabelecer campo regulamentar autônomo no que se refere à organização e funcionamento da Administração Pública quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos (artigo 84, VI, a).³⁵

A regulamentação da disciplina militar federal, por decretos, amolda-se perfeitamente a essas noções hodiernas de juridicidade. As fontes do direito administrativo contemporâneo, diante dos desafios que lhe são impostos pela Sociedade de Risco, são plurais: Constituição, lei, regulamento presidencial e regulamento setorial, em sistemática consolidada pela Emenda Constitucional nº 32/2001.

É missão primordial da ciência do Direito colocar o direito posto em contato com o espírito do seu tempo e reconhecer ou não sua legitimidade a partir desse espírito. Supera-se, pois, a ideia positivista jurídica no sentido de analisar o Direito tão somente sob o prisma formal, buscando analisá-lo sob sua vertente material, conforme vasta e rica produção da dogmática penal alemã de orientação funcionalista³⁶.

³⁴ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 179.

³⁵ Na lição de Eduardo García de Enterría, que se aplica perfeitamente ao Brasil, “a lei não é a única origem do direito para o sistema constitucional” (*Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, 1ª reimpressão, 1986, p. 93).

³⁶ Como obra de referência dessa linha de raciocínio, cuja versão espanhola foi coordenada por Francisco Muñoz Conde, é possível citar: “*La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*”, Valência: Tirant lo blanch, 2004.

No neoconstitucionalismo brasileiro, a reserva de lei assume novos e variados matizes, abrindo-se espaço para um sistema de direito disciplinar militar, nos moldes daquele que foi preconizado por Lacava Filho para o direito penal militar³⁷:

não se pode, portanto, conceber o sistema penal militar somente sob o aspecto da legislação penal, entendê-lo dessa forma seria reduzir a sua complexidade e minorar sua eficácia. Há normas de natureza constitucional, administrativa, de Direito Internacional Público, Humanitário e Processual Penal que permeiam o sistema penal militar que devem ser tidas como referência para a construção do sistema. Não se pode deixar também de analisá-las sob paradigmas de ordem sociológica, filosófica e antropológica da finalidade para a qual esse conjunto de normas é estabelecido, qual seja, a eficiência das Forças Armadas na realização de seus deveres constitucionais.

Esse é o cerne da questão: mais importante do que uma ocupação excessiva com a forma como os regulamentos disciplinares das Forças Armadas ingressaram no ordenamento jurídico é a essência axiológica – da qual depende a Soberania Nacional – desses estatutos, informados não só por saberes hauridos de outras disciplinas jurídicas, como também de ciências humanas interdisciplinares³⁸, viabilizando um sistema de direito disciplinar militar.

Ao se constatar esse desnível de importância, só então será possível que as energias – acadêmicas e institucionais – voltem-se para situações que transcendam tecnicismos formais e atinjam efetivamente a eficácia do ordenamento jurídico militar e seus reflexos no seio da sociedade, como é o caso da necessária expansão de competência da Justiça Militar da União – justamente em razão do alto grau de especificidade subjacente às controvérsias militares no âmbito disciplinar – para também abranger as demandas cíveis contra atos disciplinares, nos moldes de atuação das justiças militares estaduais desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fé cega na lei como solução para todos os problemas é uma postura que já teve razão de ser quando o positivismo jurídico vinha a reboque de um racionalismo que se propunha a descortinar todos os meandros da vida em sociedade. Hoje, ante o reconhecimento da

³⁷ FILHO, Nelson Lacava. Bases do Sistema de Direito Penal Militar. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 262.

³⁸A Criminologia e Antropologia se afiguram como importantes ferramentas ao deslinde das questões penais militares, trazendo para o universo jurídico - adequação social da conduta, delimitação do risco permitido, necessidade militar, proporcionalidade etc. - elementos hauridos da realidade empírica da Caserna (conforme FILHO, Nelson Lacava. Da aferição da tipicidade objetiva dos crimes militares: uma defesa da continuidade do julgamento pelo escabinato dos crimes militares cometidos por civis em concurso com militares. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, nº 24, ano XXXIX, p. 189-204, nov. 2014).

complexidade e fluidez inerente à Sociedade de Risco, informada por parâmetros (neoconstitucionais) que vão muito além das leis, tal postura não mais se sustenta.

Na atual quadra histórica, existem desafios e perplexidades que se impõem à vida militar, ensejadores de significativos esforços para que se chegue às respectivas soluções. Assim é que, inobstante o debate seja salutar para o amadurecimento das ideias, a persistência acrítica de uma posição lastreada na simples crença na panaceia da lei, pode dissipar esses esforços quanto ao enfoque daquilo que realmente interessa.

O ordenamento jurídico pátrio é suficiente para conformar harmonicamente os Decretos que regulamentam a disciplina militar, devendo prevalecer sobre preciosismos tecnicistas que em nada lhe acrescentam axiologicamente.

Mais importante do que hostilizar a forma dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas, portanto, é conferir real eficácia ao seu conteúdo e disso depende não só a operacionalidade das tropas federais, mas a própria Soberania Nacional. Essa eminente tarefa não depende da singela vontade do legislador, mas de um arranjo institucional entre um conjunto de órgãos – Presidência da República, Ministério da Defesa, Comandos das Forças, órgãos da Justiça Militar da União e Ministério Público Militar – capazes de promover a adequação, na prática, entre o teor desses regulamentos e a multifacetada realidade social que lhes é superior.

Saberes advindos de outros ramos do direito – constitucional, administrativo, penal, processual penal e internacional público – ademais de outras ciências humanas – antropologia, sociologia, psicologia etc. – são ferramentas fundamentais na consolidação desse arranjo institucional, cujo resultado é o desenvolvimento de um sistema de direito disciplinar militar.

É necessário, pois, avançar, e para tanto se exige calma das águas, viabilizando o desbravamento de situações capazes de atender aos autênticos reclamos da sociedade contemporânea, conferindo competência à Justiça Militar da União para processar e julgar ações cíveis contra atos disciplinares. Essa seria a pedra angular do indigitado arranjo institucional e do consectário sistema de direito disciplinar militar, porquanto reúne necessariamente, em suas atividades, manifestações dos respectivos atores sociais. Isso, sim, é real e urgente.

Assim, parafraseando o poeta lusitano para trazer à presente análise de embate de ideias uma noção de contrariedade entre realidade e romantismo, é possível dizer que: “*É preciso ser um realista para descobrir a realidade. É preciso ser um romântico para criá-la.*”³⁹

³⁹ Fernando Pessoa.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Jorge César de. *Curso de Direito Disciplinar Militar – da simples transgressão ao processo administrativo*. Curitiba: Juruá, 2018.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CAVALCANTI, Eduardo Bittencourt. Quando haverá um conflito armado no Rio de Janeiro: os cenários cariocas e o marco legal aplicável à violência de fato vivenciada na cidade. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, nº 31, ano XLIV, nov. 2019.
- GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Alexandra Figueiredo, Catarina Lorga da Silva e outros. 9ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *El Proyecto Kantiano y el Occidente Escindido*, in: *El Occidente Escindido*. Traducción de José Luis López de Lizaga. Madrid: Trotta, 2006.
- FIANDACA, Giovani. *Quale specialità per il Diritto Penale Militare*. *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, ano LI, jul/set. 2008.
- FILHO, Nelson Lacava. *Bases do Sistema de Direito Penal Militar*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução de Antônio Ulisses Cortês. 5ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua Processualidade*. Leme: Editora de Direito, 1996.

MIRANDA TELES, Fernando Hugo. *In: Estatuto dos Militares Comentado*. Curitiba: Juruá, 2019.

RABELLO DE SOUZA, Marcelo Weitzel. As novas missões das Forças Armadas e as lacunas no direito brasileiro. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, nº 24, ano XXXIX, nov. 2014.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar – Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

O direito como instrumento de combate

Walisson D’Arc Moizés.

Major do Quadro Complementar de Oficiais do Exército

Especialidade Direito.

Chefe da Assessoria de Apoio para Assuntos Jurídicos

do Comando de Aviação do Exército.

RESUMO: O presente artigo visa trazer para a discussão aquilo que pode ser chamado o papel da *guerra jurídica* nos conflitos militares. Apresenta, de maneira geral, como o direito pode ser utilizado com instrumento de combate. Neste sentido, demonstra como o direito, no sentido de “norma” ou lei, pode interferir e até decidir os rumos do combate e da atuação das Forças Armadas. Evidente, portanto, que a possibilidade do emprego pelo oponente da guerra jurídica constitui um aspecto a ser considerado na preparação e no decorrer das ações do combate. No contexto das operações, o conhecimento das normas jurídicas regentes do emprego de uma Força Armada é primordial. O estudo das condicionantes legais do emprego, e do uso da força por todos integrantes das Forças Armadas, trará benefícios na confiança e na motivação para o desencadeamento das missões. Com a finalidade de se evitar a guerra jurídica ou de minimizar seus efeitos, deve-se esforçar para munir tanto o Comando e Estado-Maior como os demais integrantes do componente militar de conhecimentos jurídicos indispensáveis conforme os níveis de legalidade que cada operação militar exige. Assim, este tema é importante, na medida em que busca tornar o assunto cada vez mais discutido e entendido, principalmente em razão do crescente emprego das Forças Armadas em Operações de garantia da lei e da ordem.

PALAVRAS-CHAVE: Militares. Guerra jurídica. Instrumento de combate. Direito internacional. Conflitos armados. Operações de garantia da lei e da ordem. Direitos humanos. Regras de engajamento. Direito operacional militar.

ENGLISH

TITLE: Law as a combat instrument

ABSTRACT: This article aims to bring up what may be called as the role of *lawfare* in military conflicts. It presents, in general, how the law can be used as a combat instrument. In this context, it demonstrates how the law, in the sense of “rule”, can interfere and even decide the combat direction and the Armed Forces action. It is therefore evident that the possibility of employment by the lawfare opponent is an issue to be considered in the arrangements and the course of the combat actions. In the context of operations, the knowledge of legal rules that govern the employment of an armed force is essential. The study of legal constraints on employment and the use of force by all members of the Armed Forces will bring benefits in the confidence and motivation to launch missions. In order to avoid a lawfare or to minimize its effects, efforts should be made to provide both the Command and General Staff, as well as the other members of the military component, with indispensable legal knowledge that have to be in accordance with requirements of each military operation. Thus, this theme is important insofar as it seeks to make the issue increasingly discussed and understood, especially due to the increasing use of the Armed Forces in law and order enforcement operations.

KEYWORDS: Military, lawfare, combat instrument; international law in armed conflicts; law and order enforcement operations, human rights; rules of engagement, military operational law.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Considerações acerca da expressão guerra jurídica – 3 Relação do direito operacional militar com guerra jurídica – 4 Guerra jurídica e sua integração ao combate convencional – 5 Guerra jurídica em Operações de garantia da lei e da ordem – 6 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

A expressão guerra jurídica, ou simplesmente uso da lei como arma de guerra, foi concebida nos idos dos anos 70 do século passado. Para identificar o termo, a doutrina cunhou a

expressão *lawfare*, junção das palavras inglesas *law*, que significa lei; e *warfare*, que significa conflito armado, guerra. Desde então, essa expressão passou a ser comumente empregada para definir guerra jurídica. Trata-se do emprego do direito (*law*) como instrumento de guerra e destruição do outro (*warfare*), quando não se respeita os procedimentos legais e os direitos do oponente. Normalmente, a prática é planejada, manejada e executada sob a aparência de legalidade, que muitas vezes pode contar com a ajuda dos meios de comunicação social (mídia), seja propositalmente ou acidentalmente.

Assim, guerra jurídica é uma prática atualmente realizada para consecução de diversos objetivos, sejam militares, políticos e até mesmo comerciais. No contexto militar, a guerra jurídica consiste no emprego de manobras jurídico-legais como substituto ou em colaboração com a força armada, visando alcançar determinados objetivos de política externa ou de segurança nacional, ou seja, constitui forma de guerra assimétrica na qual a lei ou o direito em sentido amplo é empregado como instrumento do combate, genuína arma de guerra.

O marco inicial do estudo do tema sob o enfoque militar se deu no início deste século. Charles Dunlap Jr., General da Reserva da Força Aérea norte-americana, escreveu um importante artigo em 2001, no qual se analisou pela primeira vez o instituto da guerra jurídica sob o enfoque militar. De acordo com o autor, *lawfare* seria “a estratégia de utilizar ou mal utilizar a lei em substituição aos meios militares tradicionais para se alcançar um objetivo operacional” .

O autor comenta em seu artigo que para muitos comandantes e outras autoridades militares, o papel das leis nos conflitos do Século XXI é uma fonte de frustração. Alguns pensam que elas lhes “restringem” de uma forma que inibe o êxito em combate. Para outros, as leis são mais uma “ferramenta que é usada pelos inimigos do Ocidente”. O articulista cita a posição de Joel Trachtman que considera que as guerras estão sendo travadas em um “ambiente repleto de leis, com uma abundância de regras e fóruns legais”. Menciona também o entendimento do Alte Esq (Reserva) James L. Jones, do Corpo de Fuzileiros Navais, ex-Comandante da OTAN e Conselheiro de Segurança Nacional dos Estados Unidos da América, de que há alguns anos a natureza da guerra havia mudado: “Ela tem-se tornado muito legalista e muito complexa”, ele disse, acrescentando que agora “tem que se ter um advogado ou uma dúzia deles”.

Em operações de guerra, popularmente conhecidas como combate convencional, a guerra jurídica compreende a maneira como os beligerantes, em particular os inferiorizados tecnologicamente por serem incapazes de enfrentar as capacidades militares dos adversários, tentam empregar o ordenamento jurídico no contexto do combate na forma de guerra assimétrica. Buscam com esta manobra a igualdade no campo de batalha nem sempre com emprego lícito da lei. Assim, o uso excessivo e abusivo da lei pode assumir diversas formas. A

comunidade internacional já reconhece algumas táticas que, de forma geral, objetivam a manipulação da opinião pública com aparência de ilegalidade ou abuso nas ações do adversário. As principais práticas utilizadas são: o abuso do direito para danificar e deslegitimar adversários; promoções de ações judiciais para desacreditar o oponente na tentativa de influenciar a opinião pública; utilização dos meios de informação para disseminar falsas violações; e principalmente a utilização do direito como forma de constranger, intimidar e até punir o adversário.

As operações de não-guerra, particularmente as operações de garantia da lei e da ordem, configuram campo extenso para emprego da guerra jurídica. Na história recente do nosso país, as Forças Armadas passaram frequentemente a ser convocadas para participar das chamadas Operações de Garantia da Lei e da Ordem, auxiliando no policiamento de várias cidades e na segurança dos Grandes Eventos que ocorreram no país nos últimos anos. Na mesma proporção, várias autoridades militares passaram a reivindicar mais segurança jurídica para os militares envolvidos nessa tarefa. Nota-se, portanto, a preocupação com a legislação no contexto das Operações Militares tendo em vista que as Forças Armadas, e até seus integrantes individualmente, podem ser alvo da guerra jurídica com a finalidade de enfraquecer ou neutralizar suas ações.

O sucesso no enfrentamento desse fenômeno, sob o enfoque militar, está ligado à sua correta identificação e à utilização de técnicas específicas de combate, que associam o conhecimento adequado da legislação aplicada, o comportamento que deve ser adotado pelos integrantes das Forças Armadas, bem como o comportamento esperado da força oponente e/ou da população. Deve-se também buscar empregar ferramentas importantes como a inteligência e a comunicação social.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EXPRESSÃO GUERRA JURÍDICA

André Franco Montoro expõe que a expressão Direito possui cinco acepções, podendo significar Norma, Faculdade, Justiça, Ciência e Fato Social. Em apertada síntese, pode-se entender que direito na acepção de norma, constitui a lei, regra social obrigatória, e que por ser compulsória dita o comportamento a ser observado por todos que estão sob sua égide. A expressão pode ser compreendida, ainda, como faculdade na medida em que indica o direito subjetivo *strictu sensu*. No acepção de justiça, o direito possui a significação de que aquilo é devido por ser justo. Na acepção ciência, o direito é objeto de estudo e pesquisas. Como fato social, o direito compreende o fenômeno da vida coletiva.

Para o estudo que pretendemos empreender, direito compreende o sentido de regras de comportamento que devem ser observadas pelos membros de uma comunidade, visando à manutenção da ordem e ao equilíbrio de liberdades. Portanto, nos deteremos à acepção de norma, lei, regramento jurídico.

A guerra jurídica implica diretamente o alcance do direito sob a ótica do regramento jurídico. Neste sentido, convém lembrar que o direito constitui grande condicionador/limitador do comportamento humano ao lado da moral e da ética. No estudo que Charles Dunlop Jr, Gen Bda (reserva) da Força Aérea dos EUA, escreveu para a Kennedy School, da Harvard [University], em 2001, o autor defende que:

Lawfare descreve um método de guerra em que a lei é usada como meio de alcançar um objetivo militar. Embora à primeira vista a pessoa pudesse pressupor que a lei resulta em menos sofrimento na guerra (e às vezes o faz), na prática, muitas vezes produz comportamentos que põem em risco a proteção dos verdadeiros inocentes. Há muitas dimensões da lei, mas a que é cada vez mais adotada pelos oponentes dos Estados Unidos da América corresponde em uma manipulação cínica do estado de direito e dos valores humanitários que representa. Em vez de buscar vitórias no campo de batalha, por si só, os adversários tentam destruir a vontade do oponente lutar (tradução livre de trecho constante do artigo Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts, de 2001).¹

Verifica-se, portanto, que o vernáculo guerra jurídica atualmente pode ser compreendido como a utilização da lei como um meio (instrumento) de realizar o que, de outra forma, exigiria o emprego da força militar tradicional. Busca intimidar ou fazer com que o adversário hesite em algum momento em tomar as iniciativas do combate. Neste sentido, busca subjugar “a resistência do inimigo sem lutar” adequando-se ao entendimento de Sun Tzu de que “derrotar o inimigo em cem batalhas não é a excelência suprema; a excelência suprema consiste em vencer o inimigo sem ser preciso lutar”.

¹ Lawfare describes a method of warfare where law is used as a means of realizing a military objective.16 Though at first blush one might assume lawfare would result in less suffering in war (and sometimes it does17), in practice it too often produces behaviors that jeopardize the protection of the truly innocent. There are many dimensions to lawfare, but the one ever more frequently embraced by U.S. opponents is a cynical manipulation of the rule of law and the humanitarian values it represents. Rather seeking battlefield victories, per se, challengers try to destroy the will to fight... (Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts - Prepared for the Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference - Carr Center for Human Rights Policy - Kennedy School of Government, Harvard University - Washington, D.C., November 29, 2001, by Colonel Charles J. Dunlap, Jr., USAF).

Não obstante, o conceito de guerra jurídica ainda é pouco conhecido e conseqüentemente não é estudado e analisado. Entretanto, pode-se tratar de uma abrangente forma de combate no mundo moderno, pois pode ser usada para mudar a opinião pública favor de quem a utiliza. No contexto da segurança pública, objetiva enfraquecer a atuação das forças de segurança no combate ao crime e violência através da intimidação com base na ameaça do abuso de autoridade e de processos judiciais em desfavor de agentes públicos, mesmo que despidos de fundamento ou razoabilidade.

3 RELAÇÃO DO DIREITO OPERACIONAL MILITAR COM GUERRA JURÍDICA

Cumprir lembrar que o Estado detém o monopólio do uso da força, portanto, somente o Estado deve utilizá-la. A principal finalidade do direito operacional militar é adequar o uso da força à legalidade. Neste sentido, direito operacional militar pode ser conceituado como o conjunto de normas e princípios jurídicos que tratam do emprego operacional de uma força armada. Abrange tanto as normas e princípios nacionais, como as normas, princípios, usos e costumes internacionais que tratam do emprego operacional de uma Força Armada. Como visa adequar o uso da força aos contornos legais, necessário entender quais os limites de atuação para que as condutas sejam praticadas conforme o direito.

Neste mister, deve-se compreender os mais importantes princípios do direito operacional militar, quais sejam: legalidade; **decisão política do emprego**; emprego conforme as normas de direito internacional dos conflitos armados; **prevalência dos direitos humanos**; **reconhecimento e observância dos direitos e garantias fundamentais**; **razoabilidade e proporcionalidade no uso da força**. **Porém, sempre se deve ter em mente que o emprego da força objetiva impor a paz e/ou pôr termo à perturbação da ordem pública. Assim, as regras do ordenamento jurídico, salvo outro juízo, não devem inviabilizar o alcance destes objetivos.**

No contexto das operações, o conhecimento das normas jurídicas regentes do emprego de uma Força Armada é primordial. O estudo das condicionantes legais do emprego e do uso da força por todos integrantes das Forças Armadas trará benefícios na confiança e na motivação para o desencadeamento das missões. Relevante, portanto que tanto o Comando, o Estado-Maior bem como os demais integrantes do componente militar necessitam ser adestrados de acordo com os níveis de legalidade que cada operação militar exige.

Ademais, instituições nacionais, tais como órgãos do Ministério Público, e até mesmo organismos internacionais além da imprensa acompanham e avaliam a condução das operações

militares levadas a efeito pelas Forças Armadas. Neste sentido, o tema da guerra jurídica mostra-se pertinente e atual.

4 GUERRA JURÍDICA E SUA INTEGRAÇÃO AO COMBATE CONVENCIONAL

Conforme anteriormente dito, nas operações de guerra, ou seja, no combate convencional, a guerra jurídica compreende a maneira como adversários, em particular aqueles incapazes de enfrentar as capacidades militares de alta tecnologia, tentam empregar as leis como uma forma de guerra assimétrica. Seu emprego pode ser identificado, principalmente por parte de atores não estatais que usam a guerra jurídica como aspecto principal da sua estratégia para enfrentar as forças militares de alta tecnologia. Aqueles que adotam a guerra jurídica buscam utilizar o ordenamento jurídico para tornar o respeito ao direito e à lei pelo seu oponente em uma vulnerabilidade ou limitação. Prática recorrente e comumente adotada é a utilização de táticas desonestas e muitas vezes desumanas como o uso de civis, inclusive aqueles mais vulneráveis (mulheres, idosos e crianças) como “escudos humanos”.

Neste contexto, convém citar que integrantes do Grupo Estado Islâmico já utilizaram dessa tática. Em outubro de 2017, durante conflito na Síria, a imprensa veiculou a informação:

cercados na cidade de Raqa, no norte da Síria, os extremistas do grupo Estado Islâmico (EI) obrigam os civis a segui-los para utilizá-los como escudo humano. Famílias inteiras se encontram apinhadas nos apartamentos onde os membros do EI se entrincheiraram. E, quando os combatentes saem para pegar água, os civis devem acompanhá-los para protegê-los.

Evidente, portanto, que a possibilidade do emprego da guerra jurídica deve ser considerada na preparação e no decorrer das ações do combate, principalmente pelas Forças que possuem a superioridade tecnológica no campo de batalha, pois podem-se tornar potenciais alvos de tais práticas.

No que se refere à preparação, destaca-se o conhecimento, por parte de todos integrantes, das regras do Direito Internacional dos Conflitos Armados ou Direito Internacional Humanitário. Este ramo do direito expressa o arcabouço normativo internacional, visando salvaguardar a vida dos não-combatentes, ou seja, daqueles que não estão diretamente relacionados ao conflito mas podem ser atingidos por ele. O direito internacional dos conflitos armados considera também a organização dos meios e métodos para o emprego da Força Armada. Salienta-se que avulta de

importância a preocupação com os danos colaterais que por ventura possam ocorrer no desenrolar das operações.

Importante considerar, especialmente os princípios que regem o Direito Internacional dos Conflitos Armados, destacando-se o conhecimento e observância do princípio da distinção, princípio da necessidade militar, princípio da limitação, princípio da humanidade e, ainda, o princípio da proporcionalidade tanto no planejamento como na execução de qualquer operação. Cumpre destacar que os princípios do direito internacional dos conflitos armados são intrinsecamente ligados. Inclusive, em algumas situações podem chegar a se confundir.

O princípio da distinção, em apertada síntese, exige que os ataques devem-se limitar estritamente aos objetivos militares cuja destruição, total ou parcial, captura ou neutralização, ofereça uma efetiva vantagem militar em relação ao oponente. Neste sentido, tanto no planejamento como na execução das operações deve-se selecionar os objetivos militares através de um processo criterioso de análise, levando-se em conta sempre os aspectos da distinção, considerando-se sua relevância para o alcance dos resultados planejados para a missão.

No que tange ao princípio da necessidade militar, deve-se considerar a premissa de que o poder militar deve ser empregado contra objetivos devidamente selecionados em observância do princípio da distinção e que sejam essenciais para o êxito da missão. O termo necessidade militar está associado diretamente à essencialidade para consecução da missão.

O princípio da humanidade busca impedir que se provoque sofrimento às pessoas e destruição de propriedades, se tais atos não forem necessários para o cumprimento de um objetivo militar. Observa-se, portanto, que a definição é muito próxima do estabelecido pelo princípio da necessidade militar. Pelo princípio da humanidade, são proibidos ataques exclusivamente e/ou diretamente contra civis, o que não impede que, ocasionalmente, algumas vítimas civis sofram danos; mas todas as precauções devem ser tomadas para evitá-los. Quando ocorrem vítimas civis, especialmente em grande número ou em locais protegidos, como bens culturais, escolas, locais habituais de concentração de civis, o oponente explora o fato denunciando com base no referido princípio.

O princípio da limitação se refere ao fato de que nem todos os métodos e meios são viáveis em um conflito. Existem restrições, como por exemplo, o uso de armas químicas e biológicas. Normalmente, quando não observadas as limitações, ocorrem danos colaterais e originam um terreno fértil para a guerra jurídica.

Além desses princípios, cumpre destacar ainda, o princípio da proporcionalidade, associado ao dano colateral causado quando o objetivo militar é atingido. Para obedecer ao princípio da proporcionalidade, deve-se sempre considerar a relação entre a necessidade de

empregar o poder militar, a forma como será realizado o emprego e quais os danos que podem ser causados.

No âmbito do Exército Brasileiro, no que tange ao preparo da tropa, deve ser reconhecida a importância da Diretriz para Integração do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) às Atividades do Exército Brasileiro. A Diretriz foi editada em 2016 e tem por finalidade estabelecer as orientações básicas, de caráter geral, para subsidiar o planejamento e as ações de integração do DICA, em todos os níveis de ensino, preparo e emprego do Exército Brasileiro, por meio de operadores qualificados, fortalecendo a cultura de respeito aos direitos fundamentais da pessoa e aos bens protegidos, durante o cumprimento da missão constitucional da Força Terrestre. A referida diretriz reconhece a necessidade de interpretar as normas do direito internacional dos conflitos armados, analisar suas implicações operacionais e determinar suas repercussões, coerentes com a Doutrina Militar Terrestre e com as necessidades da conjuntura estratégica, fazendo com que o regramento humanitário seja impulsionado por uma dinâmica multidisciplinar em todos os níveis hierárquicos, tendendo a incorporá-lo ao planejamento, organização e execução das operações militares no amplo espectro.

Da mesma forma, cada dia mais cresce de importância a gestão do conhecimento. Para consecução desta gestão, é corrente, no âmbito das Forças Armadas, a adoção de sistemas de lições aprendidas. Um eficiente sistema de lições aprendidas compreende processos com a finalidade de extrair conhecimento da experiência, proporcionar justificativas válidas para alterar a forma atual de realizar as coisas, assegurar e consolidar a repetição de boas práticas para se evitar os erros recorrentes para aumentar a operacionalidade, eficiência e eficácia nas operações. Este sistema pode colaborar para evolução da doutrina e conseqüentemente do preparo das Forças Armadas para mitigar e/ou evitar os efeitos da guerra jurídica nas operações. O conhecimento formal do direito posto, aliado a um bom sistema de lições aprendidas, constitui ferramenta indispensável para neutralizar a ocorrência da guerra jurídica.

Cumprir destacar, porém, que grandes potências também podem-se utilizar da guerra jurídica. Existem métodos legais que podem ter um impacto mais direto nas capacidades militares tanto quanto uma operação militar. Pode-se citar, por exemplo, o fato ocorrido em junho de 2012, no conflito interno da Síria, quando, após as Forças de Segurança do Regime da Síria matarem pelo menos mais 100 pessoas, entre elas crianças e mulheres, na região de Hama, os Estados Unidos, a Arábia Saudita e dezenas de outros países concordaram em adotar sanções econômicas entendidas como necessárias para impedir que o presidente sírio Bashar al-Assad reprimisse a população. Na oportunidade, decidiu-se pela adoção de embargo de armas, a proibição de viagens e outras duras sanções financeiras contra o governo do país. É notório que

as sanções visavam enfraquecer e diminuir o poder de combate das Forças Sírias que apoiavam o regime de Bashar al-Assad.

5 GUERRA JURÍDICA EM OPERAÇÕES DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM

No caso das Forças Armadas brasileiras, talvez a hipótese mais real de enfrentamento de situações de guerra jurídica pode ser durante o emprego em operações de garantia da lei e da ordem. Para contextualizar, cumpre mencionar que conforme dados do Ministério da Defesa, entre 1992 e 2017, as Forças Armadas brasileiras participaram de 132 (cento e trinta e duas) operações de Garantia de Lei e da Ordem. Destas 132 operações, vinte ocorreram no Rio de Janeiro, sendo dez relativas à segurança pública ou à violência urbana. Boa parte dessas operações significaram ocupações militares de áreas de favelas da capital do estado. No Rio de Janeiro, a partir de 2010, ocorreram duas operações de longa duração em áreas de favelas: a Operação Arcanjo, entre 2010 e 2012, de ocupação dos Complexos do Alemão e da Penha; e posteriormente a operação São Francisco, entre 2014 e 2015, de ocupação do Complexo da Maré.

No ano de 2017, as Forças Armadas foram utilizadas, a partir do mês de julho, em operações dessa natureza e, no decorrer do ano de 2018, realizaram operações de garantia da lei e da ordem no âmbito da inédita intervenção federal na área de segurança pública decretada no Rio de Janeiro. A intervenção federal no estado do Rio de Janeiro foi decretada pelo presidente Michel Temer no dia 16 de fevereiro de 2018, com duração prevista até 31 de dezembro do mesmo ano. A intervenção teve por objetivo “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública no Estado do Rio de Janeiro” (Decreto nº 9.288/18). Neste cenário, temas acerca da legalidade do emprego e da conduta dos agentes sempre foram destaques nos meios de comunicação social (mídia) e isso, quer queira ou não, impacta a atuação das Forças Armadas e devem ser considerados tanto no preparo como no desenrolar das operações.

Assim, compete citar que, à medida que as Forças Armadas passaram mais frequentemente a ser convocadas para participar de Operações de garantia da lei e da ordem, várias autoridades militares também passaram a reivindicar mais segurança jurídica para os militares envolvidos nessa tarefa. Nota-se, portanto, a preocupação com a legislação no contexto das Operações de garantia da lei e da ordem.

O ex-Comandante do Exército, Gen Ex Eduardo Dias da Costa Villas Bôas, certa vez declarou: “Tenho o dever de protegê-los”, disse ele em sua conta no Twitter, dias depois de tropas terem atuado em Jacarepaguá, na Vila Cruzeiro e no Complexo de Lins, no Engenho

Novo, no contexto da intervenção federal na área de segurança pública no Estado do Rio de Janeiro ocorrida no ano de 2018.

O atual Ministro Chefe do Gabinete de Segurança Institucional do Presidente da República, Gen Ex (Reserva) Augusto Heleno Ribeiro Pereira, defende uma liberdade maior de atuação das Forças Armadas e corporações policiais, inclusive com autorização para os agentes atirarem e não serem julgados. Na visão do Ministro, a falta de “retaguarda jurídica” desfavorece esses profissionais:

não podemos continuar com essas regras de engajamento. O bandido tem todas as vantagens. Ele conhece o terreno, sabe que o policial não tem autonomia para agir como gostaria porque vai sentar no banco dos réus [se matar]. Vai morrer gente? Vai. Mas é melhor bandido ou inocente? É uma escolha da sociedade. Quer continuar assim? Vamos virar um anarcopaís e seu filho não vai poder ir à escola porque não sabe se vai voltar.

Esses posicionamentos expressam a opinião de parcela da população que defende que aqueles que atuam em prol dos Direitos Humanos buscam reprimir o uso da força do Estado, principalmente das forças de segurança. Dentro dessa visão, essa atuação protege os delinquentes e trazem prejuízos para a normalidade social tendo em vista que aqueles que estão à margem da lei, vivem em guerra contra a paz social.

Salvo outro juízo, não se vislumbra ainda, a *prima facie*, o emprego proposital ou sistemático da guerra jurídica pelos agentes perturbadores da ordem pública. No entanto, quando se utilizam do ordenamento jurídico e de suas brechas para enfraquecer a atuação das forças de segurança pública e das Forças Armadas, praticam uma forma de guerra jurídica, mesmo que de forma acidental. Para exemplificar, durante as operações no contexto da inédita intervenção federal no Rio de Janeiro foram notadas várias ações por parte da criminalidade, tais como, protestos por parte da população (provocados ou coercitivos), fechamento de vias (como a Avenida Brasil, a via expressa Lagoa-Barra, na frente da Rocinha). Nesses momentos deve haver uma atuação rápida e segura com a finalidade de não perder o apoio da população e a credibilidade.

Com a finalidade de se evitar a guerra jurídica ou de minimizar seus efeitos, compete um esforço para munir a tropa de informações básicas sobre a maneira como a força oponente, em particular quando incapaz de enfrentar as capacidades militares de alta tecnologia, tenta empregar as leis como instrumento de combate.

Por outro lado, advogam-se; e, em alguns momentos, determinadas vozes clamam pela necessidade de adequação da lei para que se tenha maior liberdade de ação e respaldo para atuação. Nesse sentido, recentemente foi aprovada a Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, que alterou o Código Penal Militar e definiu que se trata de crime militar o crime doloso contra a vida e cometido por militares das Forças Armadas contra civil, devendo ser julgado pela Justiça Militar da União, se praticados no contexto, do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma do Código Brasileiro de Aeronáutica; da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; do Código de Processo Penal Militar; e do Código Eleitoral.

Nesta senda, nunca se deve perder de vista que as operações de garantia da lei e da ordem sempre são cumpridas em um contexto de paz social. Todavia, a normalidade e paz social encontram-se comprometidas por uma crise episódica, temporária e geograficamente limitada. Como o estado jurídico permanece como de normalidade institucional, a segurança da população deverá ser provida em uma situação de normalidade institucional e, portanto, na plena vigência do Estado de Direito, devendo ser observados os preceitos legais e jurídicos vigentes no País.

Para consecução deste objetivo: operar em situação de normalidade institucional, destaca-se a adoção, em operações militares ou policiais, das regras de engajamento. Tais regras determinam quando, onde e como deve ser usada a força e conjugam dois objetivos a princípios conflitantes, quais sejam, a necessidade de recorrer à força para efetivar o cumprimento da missão e a necessidade de evitar o uso de força desnecessária. Normalmente, as regras de engajamento estão consubstanciadas em documento oficial e devem ser de conhecimento obrigatório e integral por todos os integrantes das forças envolvidas na operação.

Para elaboração das regras de engajamento deve-se considerar alguns princípios gerais. Dentre esses princípios se destacam o da legalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência. De acordo com o princípio da legalidade, todas as ações deverão ser desencadeadas com a fiel observância aos preceitos legais vigentes no País, os quais constituirão fator limitador às ações e reações. Como exemplo, convém ressaltar que todas as ações e reações deverão ser pautadas pela legítima defesa, própria ou de outrem. Da mesma forma, ninguém poderá ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescrita.

O princípio da Proporcionalidade estabelece que deverá haver correspondência entre a ação do elemento adverso, denominado agente perturbador da ordem pública (APOP) e a reação da tropa, de modo a não haver excesso por parte do militar. Conforme o princípio da Razoabilidade, deverá sempre haver compatibilidade entre meios e fins das ações que deverão ser sempre comedidas e moderadas. Já o princípio da Eficiência prescreve que a fração militar deverá realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional, apresentando resultados positivos para a segurança própria, de outrem (população) e/ou das instalações. Neste sentido, no âmbito das operações de garantia da lei e da ordem, nenhuma pessoa, nacional ou estrangeira, poderá ser considerada ou tratada como inimigo, no sentido expresso no direito de guerra. Assim, é vedada a prática de quaisquer atos ou condutas que atentem contra a dignidade do ser humano.

Em razão das operações ocorrerem no âmbito interno e em situação de normalidade, devem ser executadas na completa observância e prevalência dos direitos humanos. Cumpre considerar, ainda, que outro fator a ser considerado é o contato com a população. Sempre que as Forças Armadas atuam na garantia da lei e da ordem, buscam a finalidade de trazer tranquilidade para aqueles que residem na área das operações. Entretanto, as ações devem ser pautadas a não infringir direitos e garantias desses cidadãos. Importante que todos militares envolvidos nas operações conheçam e garantam os direitos dessas pessoas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, deve-se salientar que as ideias aqui arroladas não pretendem esgotar o assunto nem mesmo detalhar profundamente as questões, ao contrário visa apresentar a problemática da guerra jurídica. Conforme demonstrado, o direito pode ser utilizado como instrumento de combate tendo em vista que ações planejadas e realizadas por parte de um dos oponentes podem realmente influenciar no comportamento dos integrantes das tropas adversárias e retardar ou até impedir o desenrolar de algumas operações.

Imprescindível, portanto, o conhecimento dos contornos legais das operações de guerra para que se evite realizar práticas que façam surgir qualquer ilegalidade que possa minar ou até impedir o sucesso da missão. Compete à própria Força Armada, em seu preparo, fornecer esses parâmetros e garantir que nenhum dos combatentes desconheça o direito posto. As regras do direito internacional humanitário e dos direitos humanos incidem, cada vez mais, no amplo espectro das operações militares. Assim, as Forças Armadas devem-se deter com mais atenção e cuidado na utilização da força legal pois sua atuação é avaliada diuturnamente, principalmente

pela opinião pública. Assim sendo, compete aos comandantes esclarecer a importância de se portar bem operacionalmente e em atenção às regras do combate tendo em vista que qualquer má conduta pode ser explorada pelo inimigo, fazendo surgir a guerra jurídica.

Assim, o assunto reveste-se de importância e merece estudo mais aprofundado tendo em vista que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e, como tal, as atividades das Forças Armadas encontram regulação no ordenamento jurídico. O que aqui se pretendeu foi subsidiar a discussão sobre o tema, ressaltando o crescente emprego das Forças Armadas, principalmente em operações de garantia da lei e da ordem, terreno fértil para emprego da guerra jurídica.

REFERÊNCIAS

Brooke Goldstein, como citado por Steve Herman, “‘Lawfare’ Could Become Trump Tool against Adversaries,” *Voice of America* website, 24 Jan. 2017, acesso em: 7 mar. 2017, <http://www.voanews.com/a/lawfare-possible-trump-tool-against-adversaries/3690167.html>.

Dunlap, “Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts” (paper presentation, Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference, Washington, DC, 29 Nov. 2001), acesso em: 7 mar. 2017, http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6193&context=faculty_scholarship;

Dunlap, “Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts” (paper presentation, Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference, Washington, DC, 29 Nov. 2001), acesso em: 7 mar. 2017, http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6193&context=faculty_scholarship

Exército Brasileiro - Diretriz para Integração do Direito Internacional dos Conflitos Armados às Atividades do Exército Brasileiro (2016) – Brasil.

Joel P. Trachtman, “Integrating Lawfare and Warfare,” *Boston College International and Comparative Law Review* 39, no. 2 (2016): p. 267, acesso em: 7 mar. 2017, <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol39/iss2/3>.

Lyric Wallwork Winik, “A Marine’s Toughest Mission (Gen. James L. Jones),” *Parade*

Magazine, 19 Jan. 2003.

Montoro, André Franco - Introdução à Ciência do Direito, 1983 – Revista dos Tribunais – São Paulo – Brasil.

Shawn Snow, “It’s Time to Remove Lawyers from the War Room,” *Military Times* website, 14 May 2016, acesso em: 7 mar. 2017.

Sun Tzu, *The Art of War*, trans. Lionel Giles (Norwalk, CT: Puppet Press, 1910).

<https://g1.globo.com/mundo/noticia/estado-islamico-usa-civis-como-escudo-humano-em-raqa.ghtml> (Acesso em 20 Mar 2019).

<http://g1.globo.com/revolta-arabe/noticia/2012/06/grupo-de-55-paises-concorda-em-novas-sancoes-economicas-siria.html>. (Acesso em 12 Mar 2020).

<https://oglobo.globo.com/rio/comandante-do-exercito-cobra-apoio-juridico-militares-que-atuam-no-rio-21685166> (Acesso em 18 Ago 2019).

<https://www.metropoles.com/brasil/politica-br/o-que-pensa-general-helena-guru-de-bolsonaro-na-seguranca-publica>. Acesso em 3 fev 2019.)

<http://www.militarytimes.com/story/opinion/2016/05/14/time-remove-lawyers-war-room/84233792/>.

Estrita observância do Direito Internacional Humanitário e dos Direitos Humanos pelos *Peacekeepers* do Brasil na Missão de Paz no Haiti (2004- 2017)

Dehon Padilha Figueiredo

Capitão do Quadro Complementar de Oficiais do Exército

Especialista em Direito Militar e Direito Público

Mestrando em Direito das Relações Internacionais

RESUMO: Este estudo tem por objetivo analisar a estrita observância do Direito Internacional Humanitário (DIH) e dos Direitos Humanos pelos *peacekeepers* do Brasil na missão de paz no Haiti. Desta feita, busca compreender a aplicabilidade das regras insertas pelo DIH aos militares que integraram a missão de paz supracitada. Aborda-se os aspectos gerais da intervenção humanitária. Averíguam-se os fundamentos das intervenções humanitárias na atualidade, em virtude das alterações decorrentes da globalização e do estreitamento das fronteiras. Apresenta-se o conceito de DIH e a aplicabilidade de suas normas. Contextualiza-se a crise vivenciada no Haiti e a operação de paz que teve início no ano de 2004, e que contou com a participação de um grande número de brasileiros. Destaca-se a aplicabilidade das normas de DIH aos integrantes da missão de paz no Haiti. Conclui-se que o Brasil exerceu um importante papel no Haiti, entre os anos de 2004 e 2017, o que contribuiu para que a operação de paz alcançasse os seus objetivos e o Brasil passasse a ser visto, no cenário internacional, como de grande relevo para o sucesso da missão.

Outrossim, concluiu-se pela submissão dos *peacekeepers* brasileiros na missão de paz no Haiti às normas de DIH e dos Direitos Humanos, o que proporcionou segurança jurídica, principalmente pelas adversidades enfrentadas pelos integrantes da operação de paz naquele país e a necessidade de se resguardar os sujeitos envolvidos.

Palavras-chave: Direito Internacional Humanitário. Direitos Humanos. Missão de Paz. Haiti.

ENGLISH

TITLE: *Strict observance of International Humanitarian Law and Human Rights by the Peacekeepers of Brazil in the Peace Mission in Haiti (2004-2017)*

ABSTRACT: This study aims to analyze the strict observance of international humanitarian law (IHL) and human rights by the *peacekeepers* of Brazil in the peace mission in Haiti. This time, it seeks to understand the applicability of the rules inserted by IHL to the military that integrated the aforementioned peace mission. The general aspects of humanitarian intervention are addressed. The fundamentals of humanitarian interventions are being investigated today, due to the changes resulting from globalization and the narrowing of borders. The concept of IHL and the applicability of its rules are presented. The crisis experienced in Haiti is contextualized and the peace operation that began in 2004, with the participation of a large number of Brazilians. The applicability of IHL rules to members of the peacekeeping mission in Haiti stands out. It is concluded that Brazil played an important role in Haiti, between the years 2004 and 2017, which contributed to the peace operation reaching its objectives and that Brazil started to be seen, in the international scenario, as of great importance for the success of the mission. Furthermore, it concluded that Brazilian *peacekeepers* were submitted to the IHL and Human Rights standards in the peace mission in Haiti, which provided legal security, mainly due to the adversities faced by the members of the peace operation in that country and the need to protect themselves subjects involved.

Key words: International Humanitarian Law. Human Rights. Peace Mission. Haiti.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Intervenção humanitária: conceito, legitimidade e legalidade – 3 Breves considerações acerca das intervenções humanitárias após a Guerra Fria – 4 O Direito Internacional Humanitário (DIH) – 4.1 A aplicabilidade do Direito Internacional Humanitário em Missões de Paz – 4.2 Submissão dos militares brasileiros ao DIH – 5 A operação de paz no Haiti e a proteção dos Direitos Humanos – 5.1 Estrutura da MINUSTAH e os Direitos Humanos – 6 Privilégios, imunidades e facilidades aplicados aos membros da Missão de Paz no Haiti – 7 Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade internacional vive um momento de transição pautado pelas modificações vivenciadas em razão de fenômenos como a globalização e a internacionalização dos direitos humanos, dentre outros. O princípio da não intervenção e a soberania nos moldes clássicos já não mais subsistem integralmente, merecendo revisitação. A intervenção humanitária, a solidariedade, a não indiferença e a responsabilidade são os valores e fundamentos a serem debatidos e aprimorados pelo direito internacional contemporâneo com intuito de atender essa demanda atual.

A participação do Brasil na Missão de Paz no Haiti, operação realizada entre os anos de 2004 e 2017, é um importante capítulo na recente história das forças militares brasileiras, seja por causa das peculiaridades da missão, seja pela capacidade de superar as adversidades. Logo, o atendimento ao convite realizado pela Organização das Nações Unidas, ao então Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, possibilitou que o país demonstrasse a sua importância no cenário internacional.

Cumprе ressaltar que o Haiti enfrentou, desde a década de 1990, uma série de problemas em decorrência da insatisfação da sociedade com o governo, o que ganhou relevo no ano 2000, com suspeitas de fraudes nas eleições presidenciais, culminando em uma crise humanitária. O Brasil, atendendo à solicitação do Conselho de Segurança das Nações Unidas, encaminhou um grande efetivo, superior ao número de militares que participaram da Segunda Guerra Mundial.

A missão de paz no Haiti encerrou-se em 2017 e a participação do Brasil é vista, pela comunidade internacional, como de grande relevância para o sucesso da operação de paz, sendo um dos fatores a adequação dos brasileiros às necessidades daquele país e as boas relações que foram travadas.

É nesse cenário que se situa o presente estudo, que tem por objetivo geral analisar a aplicabilidade e o estrito acatamento do Direito Internacional Humanitário e dos Direitos Humanos pelos *peacekeepers* do Brasil na missão de paz no Haiti. E, como objetivos específicos busca-se compreender os aspectos gerais da intervenção humanitária, com ênfase no conceito, legitimidade e legalidade; averiguar os fundamentos das intervenções humanitárias no período pós guerra-fria; apresentar o conceito de Direito Internacional Humanitário; verificar a aplicabilidade das normas de Direito Internacional Humanitário aos conflitos armados; contextualizar a crise vivenciada pelo Haiti, a importância da missão de paz e, ainda, as normas que instituíram a missão e a nortearam; e, ao final, destacar a aplicabilidade das normas de Direito Internacional Humanitário e dos Direitos Humanos aos brasileiros que integraram a missão de paz no Haiti.

2 INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA: CONCEITO, LEGITIMIDADE E LEGALIDADE

O conceito de intervenção humanitária apareceu pela primeira vez na literatura do Direito Internacional em meados do século XIX, após as intervenções realizadas pelos Estados europeus no Império Otomano. De acordo com Finnemore (2003, p. 67), “uma diferença crucial entre as intervenções humanitárias dos séculos XIX e XX está nos beneficiários da intervenção”. Enquanto que no século XIX a intervenção conduzida por Estados europeus tinha por finalidade proteger os cristãos do Império Otomano, as intervenções no século XX foram ampliadas para incluir as populações não-cristãs.

Apesar de utilizada como justificativa de intervenção apenas após a Guerra Fria, a ideia de intervenção humanitária remonta os direitos fundamentais do Estado, discutidos desde o século XV, como leciona Ramos (2015).

Com o advento da Carta das Nações Unidas, que inaugurou, no plano internacional, a abrangente positivação dos direitos humanos, transcendeu, da teoria para a prática, uma leitura “kantiana” dos direitos humanos e das relações internacionais com uma amplitude até então não evidenciada no Pacto da Sociedade das Nações. Diante disso, com a intenção de fortalecer os direitos humanos internacionalmente, surge a intervenção humanitária (KERSTEN, 2014).

A intervenção humanitária pode se referir às ações empreendidas pela Organização das Nações Unidas para conter violações a direitos fundamentais promovidas por um Estado contra sua própria população, quando for constatado que tal situação representa uma ameaça à paz e à segurança internacionais. A ONU, como guardiã desses valores, pode, e deve agir contra o Estado “criminoso”, seja por intermédio do uso da força militar, seja por intermédio de sanções de natureza diversa, como embargos econômicos (MELLO, 2004).

Não só os meios militares podem ser utilizados para evitar ou conter crises humanitárias, mas também medidas preventivas e não violentas que estão à disposição dos Estados, como sanções econômicas e protestos. Assim, quando existir um conflito interno, onde há violações de direitos humanos, ameaça à paz e segurança internacional, a ONU arrega esse poder para conter esses abusos por meio de intervenção armada. A decisão para promover essas ações é da responsabilidade do Conselho de Segurança, no qual “é o único órgão com poder para promover medidas coercitivas contra um Estado” (ROSAS, 2015, p. 9).

Outro caso de intervenção humanitária ocorre quando há a inexistência de autorização por parte do Conselho de Segurança, em virtude do desentendimento entre os membros permanentes do órgão, no qual possuem o direito de veto. É o que aconteceu no caso Kosovo, em 1999, em que qualquer tentativa de autorização era vetado pela Rússia e China. Neste caso, a intervenção humanitária é denominada de intervenção unilateral, no qual pode ser promovida por um Estado, ou grupos de Estados, sem a autorização da ONU com o intuito de estabelecer a paz mundial.

Embora havendo várias definições encontradas na literatura para este mecanismo de ingerência, considera-se o conceito elaborado por Holzgrefe (2003) como o mais adequado para analisar a intervenção humanitária unilateral. Logo, a força armada não é considerada fundamental em outros conceitos.

Murphy (1996, p. 11), por sua vez, adiciona à sua conclusão as organizações internacionais, definindo-a como “a ameaça ou uso da força por um Estado, grupo de Estados, ou organização internacional, primeiramente com o propósito de proteger os nacionais do Estado alvo de depravações difundas dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos”.

Já Pareth (1997, p. 54) ressalta o sentimento de humanidade, que para ele, “as ações inteiramente ou primeiramente são guiadas pelo sentimento de humanidade; compaixão ou sentimentos aproximados”.

Embora admita diferentes compreensões, a ideia principal da intervenção humanitária diz respeito ao uso da força com a intenção de proteger ou salvar indivíduos de crimes como genocídio, violações de direitos humanos e crimes contra a humanidade.

A busca por legitimidade é um elemento essencial quando fala-se em ações de Estados no sistema internacional. No caso das intervenções não é diferente, há sempre a disposição de apresentar alguma justificativa para legitimar determinado ato. Para Holzgrefe (2003, p. 29), “isso se dá não apenas para satisfazer as consciências (dos que se encontram à frente do Estado e dos seus próprios cidadãos), mas para fortalecer ainda mais a posição tomada”. Para o autor, a legitimidade é um elemento tão importante, que se não houver uma razão plausível que seja capaz

de legitimizar determinada ação, o Estado ficará inibido em praticá-la, muitas vezes reconsiderando sua posição.

Para vários autores, a entidade estatal busca nos seus pares este respaldo, seja por meio das instituições internacionais, seja por meio das relações diplomáticas diretas. No entanto, “outra corrente já entende que é de dentro do próprio Estado que emana a capacidade de legitimação, por meio da vontade popular” (HOLZGREFE, 2003, p. 30).

Em termos legais a intervenção também é um elemento polêmico e divide as posições entre os que adotam a “visão classicista” e os defensores do “realismo legal”. Para os primeiros, a Carta das Nações Unidas é bastante clara quando restringe ao Conselho de Segurança a capacidade de deliberar sobre ações militares. Os classicistas também consideram que se um Estado pratica ações que vilipendiam os Direitos Humanos de seus nacionais, é possível que os demais Estados se posicionem de forma contrária, por meio da reconsideração de políticas comerciais, diplomáticas, entre outras, mas sem ferir a autoridade de quem possui prerrogativas estabelecidas nas normas internacionais (HOLZGREFE, 2003).

Wheeler (*apud* HOLZGREFE, 2003) coloca que a ausência de uma norma que regule tal prática acaba dando aos Estados a possibilidade de agir de acordo com seus próprios valores éticos e morais, especialmente quando o Conselho de Segurança se mostra incapaz de atuar. De fato, tivemos uma experiência nestes termos quando a OTAN iniciou os ataques a ex-Iugoslávia em 1999.

Percebe-se, portanto, que esses contrastes remetem a questões como legalidade, moralidade, entre outros e não são recentes, mas, tal como o sistema internacional, foram sofrendo alterações, especialmente quando comparamos a realidade atual com a de trinta anos atrás. A única questão que não sofreu alteração foi a disposição dos Estados em buscar legitimidade para suas ações. Todas as intervenções, humanitárias ou não, levam o interventor a apresentar elementos capazes de justificar tal ação e garantir o respaldo dos demais Estados.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS INTERVENÇÕES HUMANITÁRIAS APÓS GUERRA FRIA

Com o fim da Guerra Fria, os direitos humanos ascenderam ao primeiro patamar na política Internacional. Se durante a Guerra Fria a prevalência da soberania foi responsável por limitar drasticamente as intervenções humanitárias e utilizar desta alegação para tentar legitimar suas ações, principalmente quando da busca da anuência das Nações Unidas, a realidade que emerge com uma Nova Ordem Mundial e com a uni-multipolaridade é outra (DIAS, 2007).

Anteriormente, a questão humanitária estava divorciada da dimensão política e da segurança da sociedade internacional, mas a articulação entre os dois temas surge como uma das soluções para garantir a ordem mundial. Ghali (*apud* RODRIGUES, 2000, p. 112), prega “a correlação entre os direitos humanos e a segurança internacional como principal instrumento para garantir a paz mundial”.

A partir de 1990, o Conselho de Segurança começa autorizar intervenções humanitárias ao fazer uma associação entre direitos humanos e ameaça à paz internacional. Com a ideia de que a violação dos direitos humanos em grande escala poderia constituir em uma ameaça global, “os direitos humanos foram considerados como matéria de segurança coletiva” (RODRIGUES, 2000, p. 113).

De fato, a legitimidade da intervenção humanitária tem por respaldo a teoria da segurança coletiva, que se baseia na premissa de que as guerras são possíveis, e conseqüentemente, devem ser prevenidas ou combatidas. Em linhas gerais, a teoria da segurança coletiva utiliza todos os meios disponíveis pelos Estados para evitar o uso da força por outro Estado. Sendo assim, o Conselho de Segurança, no Capítulo VII da Carta da ONU, tem por base a teoria da segurança coletiva que autoriza os Estados-membros o uso da força para estabelecer a paz e a segurança internacional (WEISS, 2001).

As razões para a intervenção assumiram novos rumos nesta nova ordem. Segundo Finnemore (2003, p. 124), “três tipos de ameaças tornaram-se passíveis de intervenção: a violação de fronteiras territoriais, conflitos civis envolvendo violações humanitárias e ataques terroristas em grande escala”. Com efeito, as causas citadas justificaram, na primeira, a intervenção no Iraque e do Kuwait em 1990, na segunda, as intervenções da Somália e da Bósnia em 1992 e do Haiti em 2004, e na terceira, a operação em Afeganistão em 2001.

Destarte, o entendimento de que a violação dos direitos humanos poderia causar ameaça ou paz na segurança internacional se institucionalizou nas instituições internacionais, principalmente nas Nações Unidas, e vários Estados começaram a incluir nas suas políticas externas a mesma percepção. Para Tardy (2007, p. 49), isso significa uma nova concepção no âmbito internacional, afirmando que “a própria noção de segurança internacional está sendo redefinida com a mudança em direção a segurança humana, no qual torna o indivíduo um objeto referente de segurança”.

Contudo, apesar de tamanha contundência, a nova fase vivida no plano internacional significou um novo problema, principalmente nas áreas que foram de influência soviética na Guerra Fria. Os conflitos interestatais começaram a surgir devido a problemas dos Estados, ocorrendo guerras civis no oeste da África, concentradas principalmente na República do Congo,

Ruanda, Burundi e Sudão, eclodindo também na Ásia, particularmente em Afeganistão, na América do Sul, em Peru e Bolívia. As crises étnicas, como a guerra civil e a instabilidade política nos países do “terceiro mundo”, é devido principalmente ao processo de descolonização e da influência das potências na ditadura militar na Guerra Fria (WEISS, 2001). Por isso tais considerações buscam apenas demonstrar a importância da intervenção e das missões de paz. Contudo, antes de se passar à análise da questão específica do Haiti, faz-se mister tecer algumas considerações acerca do Direito Internacional Humanitário, como se passa a expor.

4 O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO (DIH)

Como bem lembra Bezerra (2013, p. 08), “atualmente 192 Estados-membros ratificaram a Carta da ONU, a qual proibiu os Estados de solucionarem seus litígios mediante conflitos armados”, exceto se agirem em legítima defesa, em ações de segurança coletiva ou guerras de libertação nacional. Fora tais situações, a guerra será ilegítima.

Em que pese a excepcionalidade dos conflitos, atualmente encontram-se em evidência diversos conflitos armados, fato este que destaca a importância de estabelecer-se controles e limites aos crimes, bem como às barbáries cometidas pelas partes envolvidas, com o fito de atenuar a dor e o sofrimento dos envolvidos pela guerra.

Desta forma, surge o Direito Internacional Humanitário (DIH), conhecido também por Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA), Direito Humanitário ou Direito da Guerra, cujo seu desígnio é impor regras que limitem a atuação das partes envolvidas num conflito armado. Segundo Haug (1993, p. 491) “o Direito Internacional Humanitário, pode ser definido como um conjunto especial de leis que regulam os conflitos armados através da imposição de limites para os métodos utilizados na condução das operações militares”.

Ainda sobre o tema, Krieger (2004, p. 201) elucida:

[...] se refere à salvaguarda da própria vida dos indivíduos em confrontos decorrentes de conflitos bélicos. A vida, o maior bem da humanidade, por isso, protegido a todos os seres humanos, logo da universalidade, ou dito de outra forma, o fenômeno que constitui a própria Humanidade, é o objeto material desta disciplina.

A partir de tais definições, pode-se extrair que o direito humanitário possui o propósito de salvaguardar a vida e os direitos básicos dos indivíduos que se encontram envolvidos em conflitos bélicos, diretamente ou indiretamente, através da limitação da violência que trespassa a necessária para se alcançar um objetivo na guerra, como reduzir o potencial bélico da outra parte. Todavia, deve-se ressaltar que o Direito Internacional Humanitário defende a paz e não legitima ou legaliza

a guerra e a violência. O objetivo do Direito Internacional Humanitário é o de estabelecer regras e limites que diminuam os efeitos causados por conflitos armados.

Contudo, não se deve confundir o Direito Internacional Humanitário com Direitos Humanos. Segundo Krieger (2004, p. 226) “Uma das diferenças básicas entre o Direito Internacional Humanitário e os Direitos Humanos é que o primeiro é aplicável, basicamente, em tempo de conflitos armados, enquanto o segundo, em qualquer tempo e lugar”.

Desta forma, pode-se extrair que o Direito Internacional Humanitário pode ser definido como a lei que regulamenta os conflitos armados nacionais e internacionais e busca, através da imposição de suas normas, a proteção dos civis e dos próprios militares envolvidos nas guerras.

Por derradeiro, merecem destaque três convenções que se tornaram os pilares do Direito Internacional Humanitário. A primeira é a Convenção de Haia, realizada em 1907, que deu origem ao Direito de Haia, que deliberou sobre diversas questões, a exemplo das leis e costumes da guerra, à transformação de navios comerciais em navios de guerra, dentre outras. Em 1949 foi realizada a Convenção de Genebra, que originou o Direito de Genebra, que tratou de estabelecer normas para melhorar a situação de feridos e doentes das forças armadas em terra e no mar, relativas ao tratamento de prisioneiros de guerra e também à proteção dos civis. E, por último, os Protocolos Adicionais I e II de 1977, relativos à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais e não internacionais.

4.1 A aplicabilidade do Direito Internacional Humanitário em Missões de Paz

O Direito Internacional Humanitário possui aplicabilidade nos conflitos armados internacionais e internos. Os conflitos internacionais podem ser definidos como “todos os casos de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado o qual pode acordar entre duas ou mais das Altas Partes Contratantes, mesmo que o estado de guerra não seja reconhecido por uma delas” (SASSÒLI; BOUVIER, 1999, p. 88).

De acordo com os mesmos autores, os conflitos internacionais também podem agregar os casos de ocupação total ou parcial de território alheio, ou seja, de outro Estado-Nação, mesmo realizado sem resistência, bem como as guerras para libertação nacional – guerras contra dominação colonial e contra regimes racistas (SASSÒLI; BOUVIER, 1999).

Quanto aos conflitos não-internacionais, ou seja, internos, não existe uma definição muito clara sobre o tema e podem ser igualmente denominados de guerra civil. De acordo com a Conferência Diplomática de 1974-1977, ficou estabelecido que as normas do DIH se aplicariam aos casos acima descritos e em situações nas quais os conflitos armados acontecessem.

Sassòli e Bouvier (1999, p. 89) elucidam que tais normas se aplicam também no território de uma das Altas Partes Contratantes “entre as forças armadas e forças armadas dissidentes, ou outros grupos armados organizados, os quais, sob comando responsável, exercem controle sobre uma parte do território [...]”.

Ainda segundo os autores acima citados, o DIH não se aplica em casos de tensões e violência interna, ou situações de perturbação, tais quais baderna, tumulto, greves, manifestações, atos de violência isolados e esporádicos e outros atos de natureza semelhante, visto que não se enquadram como conflitos armados (SASSÒLI; BOUVIER, 1999)

Sassòli e Bouvier (1999, p. 202) afirmam que em relação à aplicação temporal do Direito Internacional Humanitário é aplicado “[...] assim que um conflito armado aparece, assim que a primeira pessoa é afetada pelo conflito, a primeira porção de território ocupada, o primeiro ataque iniciado, etc.”.

Em relação ao final da aplicação do DIH em um determinado território, pode-se assegurar que é um tanto quanto difícil definir o seu final, dependendo muito do caso em específico e das consequências provocadas pelo mesmo.

As normas humanitárias não se aplicam somente durante um conflito armado, mas também após o seu término, bem como em tempos de paz. Com a conclusão de uma luta armada, muitos indivíduos continuam sofrendo as consequências da violência gerada pela guerra, e permanecem nesse estado sob a égide do DIH, como pessoas que ainda não foram repatriadas ou que não obtiveram libertação definitiva, refugiados, entre outros (BORGES, 2006).

O DIH também possui aplicação permanente, ou seja, suas normas devem estar sendo sempre ensinadas e divulgadas. As partes de um conflito e os comandantes dos exércitos e de grupos armados devem passar instruções para os combatentes relativas ao respeito e o uso das normas humanitárias. (BORGES, 2006).

No âmbito de aplicação geográfica, o DIH “se estende por todos os locais alcançados pelas atividades beligerantes, sejam elas, frise-se, de preparação ou concretização dos atos hostis”. O mesmo autor afirma que segundo o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, os prisioneiros de guerra, ou seja, combatentes em poder do inimigo também são protegidos pelo DIH, mesmo estando em localidades vizinhas às hostilidades (BORGES, 2006, p. 55).

Anote-se, ainda, que as leis humanitárias se aplicam também na esfera pessoal, ou seja, às vítimas e combatentes de conflitos armados, bem como aos Estados, Organizações Internacionais, grupos armados e movimentos de libertação nacional. De acordo com Borges (2006, p. 60), “não há a menor dúvida de que o Estado é a entidade central, ou o principal sujeito ativo, das normas

do direito humanitário”. Ou seja, ele também é responsável pelas forças armadas, sendo sua obrigação garantir a aplicação e a efetividade das normas do DIH.

Outro grupo passível de aplicação do DIH são os grupos armados em conflito interno, ou seja, eles devem respeitar as normas do direito humanitário, bem como os movimentos de libertação nacional os quais reafirmam o direito de autodeterminação dos povos que lutam contra as potências coloniais.

Como já foi mencionado, o DIH é aplicado na esfera pessoal, ou seja, protegendo os seres humanos envolvidos ou afetados por conflitos armados. Nesse caso, é possível ressaltar que existem algumas distinções, como é o caso dos civis e dos combatentes.

Os civis podem ser caracterizados como todos aqueles que não são combatentes, eles não tomam parte direta nas hostilidades e nem possuem esse direito, ao contrário dos combatentes, que devem participar diretamente dos conflitos, porém sempre observando o DIH (SASSÒLI; BOUVIER, 1999).

A população civil tem o direito de proteção, pois ela não participa do conflito, ao passo que os combatentes são protegidos quando não mais participam das forças armadas, seja por terem caído em poder do inimigo, ou por estarem feridos, doentes ou naufragados. (SASSÒLI; BOUVIER, 1999).

Segundo Sassòli e Bouvier (1999, p. 149) “os civis têm se tornado o grupo mais atingido pelos conflitos armados”. De acordo com o DIH, os ataques deveriam ser somente contra combatentes e alvos militares, o que não tem sido respeitado. Existem leis específicas aplicáveis às organizações de assistência e socorro, as mulheres, crianças, jornalistas, etc.

Cumprе trazer à baila, nesse ponto, os ensinamentos de Bezerra (2013, p. 12-13), que bem sintetiza a aplicabilidade do DIH:

O DICA está baseado nas Convenções de Genebra de 1949 (GI, GII, GIII e GIV) e seus Protocolos Adicionais de 1977. São aplicáveis em caso de conflito armado internacional ou não-internacional, mesmo quando não houver declaração de guerra. [...] O DICA é aplicável, em tempo de conflito armado, aos civis, doentes, feridos, PG, IC, pessoal sanitário, pessoal religioso e pessoal da Cruz Vermelha. A todos estes segmentos, uma vez envolvidos em conflitos armados são oferecidos a proteção contra infrações graves do próprio Estado ou de outros Estados, de grupos ou de indivíduos armados sob comando responsável. É atribuído aos próprios Estados, por meio de leis penais internas, e ao TPI, a supervisão da aplicação correta do DICA nos conflitos ao redor do mundo.

Cabe ressaltar que alguns limites são inerentes ao DIH, como a não proibição da violência, a incapacidade de proteger todos aqueles atingidos pelos conflitos armados, a dificuldade em distinguir o propósito do conflito, a proibição de que uma das partes se sujeita ao inimigo e, ainda, o pressupõe que as partes de um conflito armado tenham objetivos racionais (SASSÒLI; BOUVIER, 1999).

Na mesma senda leciona Bezerra (2013, p. 13), para quem o DIH, embora limite e avalie as questões relativas aos conflitos armados, “não proíbe o uso da violência, nem proíbe uma parte de atacar o seu inimigo”.

Resta evidente, portanto, que o DIH se aplica aos conflitos armados e, por conseguinte, aos militares em intervenção ou em qualquer missão nesse contexto. Porém, há de se destacar que é possível também a sua aplicabilidade em missões de paz, como a realizada entre os anos de 2004 e 2017 no Haiti. Contudo, antes de se abordar tal questão, é necessário contextualizar a operação de paz no Haiti, com ênfase na atuação dos militares brasileiros.

4.2 Submissão dos militares brasileiros ao DIH

As operações de paz, como leciona Bezerra (2013, p. 14), “compreendem todas as operações multinacionais autorizadas ou dirigidas pelas ONU, e se classificam em diplomacia preventiva, promoção da paz, manutenção da paz, imposição da paz e consolidação da paz”.

Bezerra (2013) destaca, ainda, que em operação de paz tanto o marco jurídico quanto as normas aplicáveis são determinadas pela situação na qual as tropas se encontram empregadas. Assim, o mandato da missão, as regras de engajamento e os acordos sobre o emprego da força, ou seja, “as normas jurídicas com relação às tropas estrangeiras em função do país anfitrião constituirão instrumentos importantes de orientação para a conduta das ações por parte das tropas da ONU” (BEZERRA, 2013, p. 14).

Nesse contexto, Bezerra (2013, p. 14) “não há como negar que o DIH se aplica às operações de paz” na medida em que se concretizem situações nas quais se configurem com Conflitos Armados Internacionais ou Não-internacionais, estando as forças da ONU ativamente engajadas como forças combatentes e enquanto durarem as hostilidades.

Anote-se, ainda, que a aplicação do DIH não se limita à eficiência militar no curso da operação de paz, e “sim estabelece que as ações fora das normas legais vigentes podem conduzir a resultados que causem danos de naturezas diversas” (BEZERRA, 2013, p. 15).

Especificamente em relação ao Haiti, Bezerra (2013, p. 34) disserta:

Com o sucesso da atuação da tropa do EB na pacificação de Cité Soleil, a finalidade do DICA foi atingida ao se limitar e aliviar as calamidades da guerra, estabelecendo-se a conciliação das necessidades militares com as exigências impostas por princípios de caráter humanitário, as quais de maneira nenhuma reduziram a eficácia e a produtividade dos capacetes azuis do nosso Exército no cumprimento do mandato da MINUSTAH. Desta forma infere-se parcialmente que a aplicação dos princípios básicos do DICA, seja a Distingão, a Limitação, a Proporcionalidade, a Necessidade Militar ou a Humanidade, por parte da tropa brasileira na MINUSTAH, sobretudo nas missões de combate, não comprometeu e nem restringiu a sua atuação contra as gangues armadas de Porto Príncipe, uma vez que a tropa do EB conseguiu proporcionar segurança e estabilidade ao povo

haitiano ao mesmo tempo em que provocou o mínimo de danos à população civil e seus bens, e até mesmo aos bandidos fortemente armados, uma vez que os nossos capacetes azuis se preocuparam em limitar os meios e os métodos de combate utilizados nas hostilidades.

Resta evidente, portanto, que houve uma grande preocupação em se assegurar meios para que os integrantes da missão de paz cumprissem e tivessem seus direitos resguardados, proporcionando meios para que a sua atuação, ainda que exigisse força, e não perdesse de vista os objetivos da missão humanitária, não gerasse responsabilizações indevidas aos brasileiros, ao mesmo tempo em que norteava a atuação com base nos princípios do DIH.

5 A OPERAÇÃO DE PAZ NO HAITI E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A primeira questão a ressaltar é que diversos foram os fatores que levaram à intervenção no Haiti, a exemplo da crise política e institucional, a violência urbana, os baixos índices de desenvolvimento humano, dentre outros, o que levou as Nações Unidas a solicitar que o Brasil e diversos outros países da comunidade internacional encaminhassem representantes àquele país com vistas a assegurar a sua reestruturação (BEZERRA, 2013).

Segundo Silva e Paula (2017, p. 01) o ano de 2004 é marcado pela intervenção internacional no Haiti em decorrência da crise política que assolou o país. A referida crise assolou o Haiti na década de 1990, no governo de Jean-Bertrand Aristide, que foi deposto em 29 de fevereiro de 2004, “após a escalada do uso da violência por manifestantes contrários ao seu governo”.

Anote-se que a intervenção internacional objetivou assegurar a transição política, mediando os conflitos no Haiti e, assim, buscar uma solução para a crise. Por isso foi classificada como uma operação de paz.

Complementa Faganello (2013, p. 217) que a operação de paz das Nações Unidas no Haiti – *Unidet Nations Stabilization Mission in Haiti* (MINUSTAH), foi aprovada pela Resolução nº 1.542, de 30 de abril de 2004, e teve início após pedido oficial do então Presidente, Boniface Alexandre, “objetivando a manutenção da segurança interna e apoio dos organismos internacionais para a transição política”. Anote-se que a primeira Resolução que instituiu a MINUSTAH previa um período inicial de seis meses de atuação, o que não obistou o desdobramento provisório.

Já Silva e Paula (2017) defende que é por meio da Resolução nº 1.529 que o Conselho de Segurança das Nações Unidas, com fulcro no Capítulo VII, da Carta das Nações Unidas, autorizou a criação e envio de uma Força Multinacional Interina para assegurar as condições necessárias de mobilização em prol de uma missão de paz. Conclui os autores que, assim, foi criada a Missão das

Nações Unidas para a Estabilização do Haiti- MINUSTAH, por força da Resolução nº 1.542, de 30 de abril de 2004, que sucedeu a Força Multinacional de Intervenção.

Observa Faganello (2013, p. 218) que a crise haitiana se intensificou quando surgiram, no ano de 2000, suspeitas de manipulação nas eleições, o que culminou em insatisfação da oposição no ano de 2003 e prolongou-se até o ano de 2004, quando “[...] conflitos armados eclodiram em todo o país e deram ensejo a massivas violações de direitos humanos, começando pela cidade de Gonaives, o que forçou Aristide a deixar o país”.

Em que pese os eventos supra narrados, fato é que o Haiti, já há algumas décadas, vivenciava um histórico de instabilidades política, o que, somado à insegurança local e às violações de direitos humanos, agravou ainda mais o cenário político, econômico e social daquele país, corroborando para a instauração de um cenário complexo, principalmente em virtude da violência que assolou o país.

Importa ressaltar que a missão de paz no Haiti teve caráter multidimensional. De acordo com Silva e Paula (2017), dentre os objetivos da operação em comento destacam-se a manutenção da segurança; a assistência ao processo político constitucional; e, ainda, a supervisão da aplicação dos dispositivos de Direitos Humanos.

Silva e Paula (2017) acrescentam que o mandato inicial contou com 6.700 militares e 1.622 policiais civis para atender aos objetivos traçados pela já citada Resolução nº 1.542. Assim, o Brasil iniciou a sua atuação da MINUSTAH a partir de 2004, após tratativas entre o governo brasileiro e as Nações Unidas, fomentando a participação do país na empreita de paz no Haiti, após aprovação, pelo Congresso Nacional, de Decreto Legislativo. Ademais, os primeiros brasileiros embarcaram para o Haiti em 31 de março daquele ano.

Observam Silva e Paula (2017), ainda, que foi considerada a participação brasileira após apresentação de convite formal pelo então Secretário Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, e o Presidente francês, Jacques Chirac. As citadas autoridades encaminharam o convite ao então Presidente do Brasil, Luís Inácio Lula da Silva, que de pronto aceitou o convite ressaltando, ainda, tratar-se de uma honra.

A MINUSTAH, segundo Faganello (2013, p. 220), “contou com homens de diversas nacionalidades, a exemplo de argentinos, bolivianos, canadenses, croatas, paraguaios, portugueses, dentre outros, totalizando quase 6.700 homens envolvidos na missão de paz”. Logo, a missão de paz no Haiti, segundo a autora, contou com maior participação das Forças Armadas brasileira desde a Segunda Guerra Mundial.

Nesse ponto cumpre esclarecer que o ordenamento jurídico brasileiro exige a prévia aprovação do Poder Legislativo para a participação de militares em operações internacionais.

Logo, o Presidente da República foi compelido a submeter uma proposta ao Congresso Nacional para a disponibilização de 1.200 militares para a Missão de Paz no Haiti.

A proposta apresentada ao Congresso Nacional requisitou cerca de R\$ 140 milhões para o período inicial de seis meses, o que foi aprovado pelo Senado Federal em data de 19 de maio de 2004, quando também se aprovou o envio de 970 militares do Exército e 230 fuzileiros navais, como asseveram Silva e Paula (2017).

Para preparar a chegada dos supracitados militares e fuzileiros no Haiti, foram enviados inicialmente 42 militares, embora problemas relativos a liberação de recursos tenha atrasado o envio do efetivo ao Haiti.

Dando seguimento, é mister ressaltar que ao analisar as recomendações para aqueles que atuavam na missão de paz no Haiti, Faganello (2013) resalta a importância do consentimento, da imparcialidade e do mínimo uso da força, embora seja admitida, na atualidade, tendo em vista a necessidade de estabilização territorial e proteção dos civis e dos envolvidos na missão e ajuda humanitária, o uso comedido da força.

Outra questão de suma importância, e que não pode ser ignorada, é a responsabilidade de proteger. Ressalta Faganello (2013) que embora o relatório destaque intervenções militares sem o consentimento do Estado, os envolvidos assumiram o compromisso de proteger os seus cidadãos, sob pena de intervenção da comunidade internacional. Significa dizer que “na falta de um poder estatal capaz de coibir atos de violência contra sua própria população [...], os *peacekeepers* terão prevista em seus mandatos a tarefa de zelar pela segurança” (FAGANELLO, 2013, p. 222).

Nesse cenário, a proteção de todos os envolvidos, em especial dos civis, ganha relevo. E, sobre tal proteção Faganello (2013, p. 224) enfatiza:

Tendo em vista a realidade dos civis na maioria dos conflitos internos, de serem alvos indiscriminados das partes em litígio, e mesmo quando não o são, sofrerem as consequências do conflito, o Conselho de Segurança das Nações Unidas vem editando, desde 1999, resoluções concernentes à defesa de civis em conflitos armados, em especial das populações vulneráveis (mulheres e crianças).

Em meio a esse cenário uma relevante disposição também chama a atenção, já que busca assegurar o bem-estar e integridade física dos civis. Trata-se da tolerância zero à exploração e abusos sexuais, já que as Nações Unidas, segundo Faganello (2013, p. 225), “são incisivas o bastante ao exigir o respeito dessa determinação por parte dos membros das *peacekeeping operations*”, ou seja, dos integrantes das operações de missão de paz.

Outrossim, houve também a preocupação com as Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, voltadas ao desdobramento da MINUSTAH. Visando assegurar principalmente a integridade dos civis, a Resolução de 2004, que instituiu a operação em comento,

fez expressa menção a outras Resoluções, como a voltada à proteção da mulher, paz e segurança, de 2000, e as que tratam da presença de crianças em conflitos armados, datadas de 2003 e 2004, sem prejuízo de outros diplomas de Direito Internacional. Logo, o aparato legal, que norteou a operação de paz no Haiti, é amplo.

Ainda, visando assegurar os direitos humanos, a Resolução que instituiu a MINUSTAH ressaltou o apoio ao governo de transição e às instituições haitianas como medida para a proteção e promoção dos direitos humanos, principalmente quanto às mulheres e crianças, com vistas a assegurar às vítimas o apoio adequado (FAGANELLO, 2013). E também ressaltou a necessidade de monitoramento das situações referentes ao apoio aos direitos humanos, em parceria com o Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH).

Outrossim, foi clara a preocupação com o assessoramento e assistência ao governo de transição na investigação das práticas de violação de direitos humanos, com a colaboração de organismos internacionais, o que se extrai da determinação de se estabelecer parcerias com outras nações e também com o governo de transição para facilitar o auxílio humanitário à população necessitada, em especial mulheres e crianças, tidas como grupo vulnerável.

Diante da necessidade de se estender o apoio aos haitianos foi editada, em 29 de novembro de 2004, a Resolução nº 1.576, responsável por dilatar o mandato da missão de paz até junho de 2005, já que os seis meses iniciais não foram suficientes. Segundo Faganello (2013), já em suas considerações iniciais a Resolução condena todo e qualquer ato de violência e atentados cometidos por grupos armados não oficiais, assim como as violações aos direitos humanos, clamando para que o governo de transição do Haiti adotasse medidas para obstar a sensação de impunidade.

Não é demais ressaltar que no período citado, ou seja, final de 2004 e início do ano de 2005, as cidades haitianas se encontravam sob domínio de gangues armadas, possibilitando o uso da força pela missão de paz para atingir o seu objetivo. Logo, os problemas vivenciados principalmente nos centros urbanos no Haiti colocavam em risco a segurança internacional.

Anote-se que novas resoluções foram editadas, sempre atentando para o momento histórico e as necessidades do Haiti, até o ano de 2017, quando as tropas internacionais deixaram o país e a missão foi oficialmente encerrada. Em todas elas o que se percebe é a preocupação em reforçar os direitos humanos, como norteador de toda a operação, bem como a importância de se fortalecer os sujeitos envolvidos, para o enfrentamento dos problemas decorrentes da crise institucional que assolou aquele país.

O mandato da missão foi encerrado definitivamente em 15 de outubro de 2017, como previa a Resolução nº 2.350 do Conselho de Segurança das Nações Unidas. A partir de então foram implementadas missões para o suporte da justiça naquele país. Assim, concluem Silva e Paula

(2017) que ao longo dos treze anos de operação, a Missão de Paz no Haiti deparou-se com obstáculos à execução dos objetivos principais.

Por fim, os últimos militares brasileiros enviados ao Haiti partiram em junho de 2017, objetivando a transferência da segurança para as autoridades haitianas e os componentes da Missão das Nações Unidas de Suporte à Justiça no Haiti (MINUSJUSTH).

5.1 Estrutura da MINUSTAH e os Direitos Humanos

Segundo Faganello (2013, p. 253), a MINUSTAH foi organizada em um componente civil e um militar. A esta autoridade compete a criação de um ambiente seguro e estável para a missão de paz, motivo pelo qual uma série de medidas voltadas a assistência, restauração e implemento da paz são previstas nos documentos.

No componente civil é que se encontrava a Unidade de Conduta e Disciplina (CDU), vinculada ao Secretário Geral das Nações Unidas, responsável pela missão de paz, cujo propósito é reforçar a manutenção dos padrões de boa conduta dos militares integrantes da missão de paz, além de responsabilizá-los caso infrinja alguma norma.

Ainda, no componente civil da missão de paz destacam-se a Seção de Justiça, Seção de Direitos Humanos e a Seção de Redução de Violência Comunitária.

Resta claro que a missão de paz no Haiti efetivamente não era de cunho militar, embora a preocupação com a segurança tenha sido uma constante.

Enfim, cabe destacar a importância da intervenção das Nações Unidas em prol da defesa dos Direitos Humanos, especialmente em territórios onde os indivíduos não têm discernimento de que possuem direitos que dizem respeito à dignidade da vida humana. Ao intervir no Haiti, a ONU não atuou apenas agindo de forma a garantir a paz local e evitar novos conflitos internos, mas esteve atuando principalmente na promoção e proteção das garantias fundamentais do ser humano, baseado no legado deixado pela revolução francesa em exaltação aos Direitos Humanitários que nortearam todo o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

6 PRIVILÉGIOS, IMUNIDADES E FACILIDADES APLICADOS AOS MEMBROS DA MISSÃO DE PAZ NO HAITI

A *Status of Force Agreement* (SOFA) prevê a concessão à MINUSTAH, e aos membros da missão de paz, conjunto de privilégios, imunidades e facilidades aplicadas em todo o território

haitiano, assim como a jurisdição a que estão submetidos os membros da missão de paz em casos de delitos. De acordo com Faganello (2013, p. 246), tal documento “visa a criar as condições necessárias para que os objetivos do mandato sejam alcançados, aí incluídos os que dizem respeito aos direitos humanos”.

Acrescenta a autora que o “[...] parágrafo 5 [...] estabelece que seus membros comprometem-se a respeitar as leis e normas do país que voluntariamente a acolheu. Com isso, atende-se ao princípio do consentimento das partes e preserva-se a soberania nacional do anfitrião” (FAGANELLO, 2013, p. 247).

Assegura, também, que o militar da MINUSTAH, no cumprimento da sua missão, deverá respeitar princípios e normas consagrados nas Convenções Internacionais relativas ao Direito Internacional Humanitário.

Dando seguimento, é mister ressaltar que os parágrafos 16, 27 e 28 tratam do status conferido aos integrantes da missão de paz, discorrendo sobre os privilégios e imunidades aos integrantes da categoria denominada *peacekeeping personnel*. Ou seja, destina-se aos membros das forças armadas individualmente.

Anote-se, ainda, que o SOFA determina que os responsáveis adotem medidas cabíveis para assegurar a ordem e disciplina dos integrantes da operação de paz, autorizando inclusive a prisão de membros da missão de paz, desde que em flagrante delito ou a pedido do Secretário Geral da ONU. Quando presos e até a liberação devem ser tratados de acordo com as normas universais de respeito aos direitos humanos e os princípios das Convenções de Genebra (FAGANELLO, 2013).

Em se tratando de jurisdição, elencou o SOFA que caso o delito praticado pelo militar integrante da força de paz fosse de natureza comum, seria submetido à legislação do Haiti, após informado o fato ao Secretário Geral das Nações Unidas, responsável pela força de paz. Contudo, caso a infração fosse cometida no exercício da função oficial, estaria assegurada a imunidade e não seria instaurado procedimento criminal. Contudo, caso o Secretário Geral das Nações Unidas responsável pela força de paz poderia abrir mão da imunidade do integrante da força de paz e permitir que o processo criminal siga seu curso pelas leis do Haiti.

Quanto aos militares membros dos contingentes nacionais da MINUSTAH, eles estão submetidos à jurisdição exclusiva do Estado contribuinte para toda e qualquer infração de natureza penal que venham a cometer no Haiti. Contudo, como medida administrativa, o SGNU poderá ordenar a repatriação de qualquer militar membro de contingente que tenha sido considerado culpado de ter cometido falta grave, para que seja penalizado em seu próprio país (FAGANELLO, 2013, p. 249).

Quanto as infrações de natureza civil, instaurado procedimento contra membro da força de paz, deverá ser o Secretário Geral notificado, informando se a conduta tem ou não relação com as funções oficiais desempenhadas pelo militar. Se comprovada eventual relação, a ação será extinta.

Contudo, se não relacionada às funções oficiais, o processo seguirá seu curso normal, junto à jurisdição do Haiti.

O documento prevê a regularização de eventual desavenças no curso da missão, quando será o caso submetido a um Tribunal composto por três membros, sendo um deles nomeados pelo MINUSTAH, outro pelo governo haitiano e o terceiro em comum acordo, competindo a este presidir o Tribunal caso não haja acordo entre as partes. As decisões do Tribunal em comento tem força de lei e contra elas não cabe recurso (FAGANELLO, 2013).

A observância irrestrita ao direito e as normas internacionais pelos militares brasileiros no Haiti é refletida na quantidade ínfima de procedimentos investigatórios penais instaurados durante os 13 anos de missão no Haiti, ou seja, “de um total de 37.494 *peacekeepers* brasileiros no Haiti, chegaram apenas 52 investigações ao sistema de justiça militar brasileiro, sendo 50 inquéritos policiais militares (IPM) e 2 autos de prisão em flagrante (APF)” (PALMA, 2017, p. 86). Ou seja, apenas 0,14% se comparado ao número de militares desdobrados no terreno.

Palma (2017) esclarece que cerca de 90% das investigações instauradas resultaram em arquivamentos dos IPM.

Palma (2017, p. 91) afirma que “os poucos registros de investigações de condutas em tese criminosas relativos a MINUSTAH reforçam a boa disciplina dos contingentes militares já reconhecida pela comunidade internacional.”

Apesar do uso da força em diversas operações, não há evidências de abusos por parte dos *peacekeepers* brasileiros, o que redundou na fama de “*Brazilian way of peacekeeping*”.

Por fim, esses dados refletem o bom exemplo militar de conduta e disciplina no terreno e, por reflexo, um bom exemplo procedimental de cumprimento das normas de Direito Internacional Humanitário e de Direitos Humanos pelo contingente brasileiro que atuou no Haiti.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se compreender, ao longo do presente estudo, o acatamento dos brasileiros, integrantes da missão de paz no Haiti, ao Direito Internacional Humanitário e aos Direitos Humanos. Nesse cenário, algumas conotações importantes, como o fato de que há, na atualidade, uma preocupação com a responsabilidade de proteger, que veio como objetivo de regular as intervenções humanitárias, pautadas em três pilares, quais sejam, a responsabilidade de proteger o Estado, a assistência internacional e a capacidade de reconstruir e, por fim, a resposta decisiva e em tempo adequado, principalmente porque o conflito tende a evidenciar violações externas dos

direitos humanos, exigindo uma atuação mais célere da comunidade, em último caso, com a força militar.

A participação dos brasileiros na missão de paz no Haiti transcorreu com pleno êxito, apesar de muitos obstáculos enfrentados, desde a falta de infraestrutura adequada, de recursos, até conflitos com a população local, num primeiro momento, com vistas a resguardar a segurança pública daquele país.

Nesse cenário houve uma preocupação e esforços sistemáticos pela difusão, aplicação e observância irrestrita ao DIH, uma vez que claramente os militares brasileiros no Haiti se encontravam sujeitos às suas normas no período em que perdurou a operação, ou seja, entre 2004 e 2017.

Outrossim, há de se reconhecer que a submissão dos brasileiros integrantes da força de paz no Haiti não representou nenhum prejuízo à sua atuação e possibilitou que os objetivos da missão fossem alcançados, apesar dos percalços no seu curso. Logo, as inúmeras operações militares foram realizadas sempre observando as normas do DIH, preocupando-se sempre com a mitigação dos danos aos civis. Ademais, destaca-se que os Direitos Humanos também sempre foi o farol a ser seguido pela tropa.

Destarte, resta clara a importância do papel exercido pelo Brasil na operação de paz no Haiti, mormente quanto ao restabelecimento da paz e a possibilidade da retomada da soberania e do funcionamento, agora melhor estruturadas, das instituições governamentais e, assim, possibilitar o mínimo de dignidade aos haitianos.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Adriano Araújo. *A aplicabilidade do Direito Internacional dos Conflitos Armados pelas tropas do Exército Brasileiro na Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti*. 2013. 50 fl. Monografia (Pós-graduação em Ciências Militares) – Escola de Comando do Estado-Maior do Exército, Rio de Janeiro 2013.

BORGES, Leonardo Estrela. *O Direito Internacional Humanitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DIAS, Guilherme Moreira. *Soberania e Intervenção Humanitária: Dilemas da Agenda de Segurança Internacional*. 2007. 80 fl. Dissertação (Mestrado em Ciências Políticas) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2007.

FAGANELLO, Priscila Liane Fete. *Operações para manutenção da paz da ONU: de que forma os Direitos Humanos Revolucionaram a principal ferramenta internacional da paz*. Brasília: FUNAG, 2013.

FINNEMORE, Martha. *The purpose of intervention: changing beliefs about the use of force*. New York: Cornell University Press, 2003.

HAUG, Hans. *Humanity For All*. Genebra: ICRR, 1993.

HOLZGREFE, Jeff L. The Humanitarian Intervention debate. In: HOLZGREFE, Jeff (Org). *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal, and Political Dilemmas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

KERSTEN, Mark. *Does Russia have a 'responsibility to protect' Ukraine? Don't buy it*. 2014. Disponível em: <<http://www.theglobeandmail.com/globe-debate/does-russia-have-a-responsibilitytoprotect->>. Acesso em: 01 mar. 2020.

KRIEGER, César Amorim. *Direito Internacional Humanitário: O Precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional*. Curitiba: Juruá, 2004.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MURPHY, Sean D. *Humanitarian Intervention: The United Nations in Evolving World Order*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1996.

PALMA, Najila Nassif. Diagnóstico penal militar do peacekeeper brasileiro no Haiti. In: HAMANN, Eduarda P. (org.) A participação do Brasil na MINUSTAH (2004-2017): percepções, lições e práticas relevantes para futuras missões. Artigo Estratégico n.10. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé. 2017. Disponível em: <<https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/03/2018-03-06-AE-MINUSTAH-PT.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

PARETH, Bhikhu. *The Dilemmas of Humanitarian Intervention*. International Political Science Review, v. 18, n. 1, 1997.

RAMOS, Adriana. *Intervenção Humanitária*. Lisboa: Vianna Júnior, 2015.

RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança Internacional e Direitos Humanos: a prática da intervenção humanitária no Pós-Guerra Fria*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROSAS, Gustavo Ludwig Ribeiro. *Legalidade da Intervenção Humanitária*. 2015. Disponível em: <<http://re.granbery.edu.br/artigos/MjA0.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

SASSÒLI, Marco; BOUVIER, Antoine A. *How does Law Protect in War? Cases, documents, and teaching materials of contemporary practice in International Humanitarian Law*. Genebra: ICRC, 1999.

SILVA, Gabriela Fideles; PAULA, Leonardo Dias. A missão das Nações Unidas para a estabilização do Haiti: uma alternativa para a sucessão de crises? Observatório Sul-Americano de Defesa e Forças Armadas. 2017. In: SOUTO, Bruna Carolina da Silva et al. Retrospectiva da missão nas Nações Unidas para a estabilização do Haiti (MINUSTAH). 2017. *Observatório Sul-Americano de Defesa e Forças Armadas*. 2017. Disponível em: <<http://unesp.br/gedes/produtos/101/observatorio-sudamericano-de-defensa-y-fuerzasarmadas>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

TARDY, Thierry. *The UN and the Use of Force: A Marriage Against Nature*. Security Dialogue, v. 38, n. 49, 2007.

WEISS, Thomas G. Researching humanitarian intervention: some lessons. *Journal of Peace Research*, v. 38, n. 4, jul. 2001.

Compliance não só para os outros

Alexandre Schneider

Membro do Ministério Público Federal e Mestre em Direito, Ciências, Instituições e Desenvolvimento.

Henrique da Rosa Ziesemer

Membro do Ministério Público de Santa Catarina e Mestre e Doutor em Ciência Jurídica.

RESUMO: examina-se o instituto do *compliance*, sua origem, conceito e extensão, além do arcabouço legislativo que confere legitimidade jurídica no âmbito nacional. Aponta-se para a necessidade de implementação do *compliance* tanto à administração pública direta como para o Ministério Público, como fundamento de preservação da reputação institucional.

PALAVRAS-CHAVE: *Compliance*. Conformidade. Integridade. Administração Pública. Ministério Público.

1 INTRODUÇÃO

O tema é intrigante e desperta interesse nos setores público e privado. As chamadas práticas de *compliance* já permeiam atividades privadas e, em razão de bons resultados, começam a migrar, mesmo que de forma tímida, para o setor público. Pouco a pouco o *compliance* começa a aparecer como exigência para atividades de natureza pública, contudo, sem significativas inserções no seio da Administração Pública em seus variados setores. Sendo o Ministério Público instituição permanente do Estado, vocacionado constitucionalmente à defesa dos pilares do estado democrático e da ordem jurídica, estaria também sujeito ao disciplinamento e execução de programa de *compliance*?

2 MAS, AFINAL, O QUE É *COMPLIANCE* E PARA QUE SERVE?

Compliance é uma palavra cuja origem remonta à língua inglesa, de modo que sua tradução literal seria “conformidade”, ou “de conformidade” com algo. Ainda se pode expressar o sinônimo de “Acatar; obedecer; cumprir; aquiescer; aderir”, na acepção da expressão *to comply with*. O vocábulo ainda compreende as acepções de “Cumprimento (das exigências)”, “Obediência; submissão às exigências da lei ou da autoridade”, “Observância; submissão ao que foi prescrito” e “Em cumprimento a; Em obediência a; Em submissão a; Em conformidade com; De acordo com”. Em sentido inverso, o termo *Non compliance* tem o sentido de “Insubmissão; condição do que não se submete”^{1 2}.

O termo tornou-se amplamente conhecido a partir do estatuto anticorrupção norte-americano – *Foreign Corrupt Practice Act, FCPA* – de 1974, cuja tônica normativa focou no combate a práticas de corrupção materializadas fora do território dos EUA, bem como a punir empresas por fraudes contábeis em livros e balanços.

No campo da administração e também jurídico, o *compliance* traz a ideia de seguimento de regras e padrões para que tais práticas se revertam em benefícios tanto para a empresa ou setor público como para quem se utiliza de seus serviços. Volta-se o instituto, portanto, a conferir primazia ao cumprimento tanto das leis internas do país como das normativas internacionais aplicáveis em suas relações comerciais, sem se desapegar do pleno cumprimento dos regulamentos de conduta internos da corporação, seja pelos funcionários dela como por parte de terceiros que com ela interajam.

A melhor esmiuçar o tema, de acordo com o entendimento de Marcia Carla Pereira Ribeiro e Patrícia Dittrich Ferreira Diniz:

Compliance é uma expressão que se volta para as ferramentas de concretização da missão, da visão e dos valores de uma empresa. Não se pode confundir o Compliance com o mero cumprimento de regras formais e informais, sendo o seu alcance bem mais amplo, ou seja, “é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários” (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012, p. 30). Será instrumento responsável pelo controle dos riscos legais ou regulatórios e de reputação, devendo tal função ser exercida por um Compliance Officer, o qual deve ser independente e ter acesso direto ao Conselho de Administração. O Compliance envolve questão estratégica e se aplica a todos os tipos de organização, visto que o mercado tende a exigir cada vez mais

¹ MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês, inglês-português*. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2009.

² COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marinha Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da APN 470*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 106, p. 215-230, jan./mar. 2014.

condutas legais e éticas, para a consolidação de um novo comportamento por parte das empresas, que devem buscar lucratividade de forma sustentável, focando no desenvolvimento econômico e socioambiental na condução dos seus negócios. A definição de Compliance, seus objetivos e forma de implantação podem ser extraídos de documentos e regras formatados por diversos órgãos internacionais, que se voltam a determinado ramo de atividade, ou mesmo por analogia, dependendo do resultado esperado³.

Como bem destacado pelos autores, não se pode confundir *compliance* com mero cumprimento de regras. A ideia vai muito além, em uma perspectiva de minimização de riscos, maximização da imagem e incremento da transparência e eficiência. Arthur Bobsin⁴⁵, com objetividade, explica que:

Compliance, que vem do verbo em inglês *to comply*, nada mais é do que estar em conformidade com as leis, padrões éticos, regulamentos internos e externos. O objetivo é que, com isso, os riscos empresariais sejam minimizados. Ou seja, **compliance é a linha mestra que define o comportamento de uma empresa perante o mercado em que atua.** Uma definição simples do que é compliance é defini-lo como um padrão básico de negócios. São ações colocadas em prática, voltadas a garantir relações éticas e transparentes entre empresas e, principalmente (mas não somente) o Poder Público.

Nesse contexto de aplicação, Silveira e Saad-Diniz⁶, ao se referirem ao *compliance*, assentaram:

Orienta-se, em verdade, pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condução de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade. Sua estrutura é pensada para incrementar a capacidade comunicativa da pena nas relações econômicas ao combinar estratégia de defesa da concorrência leal e justa com as estratégias de prevenção de perigos futuros.

³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e lei anticorrupção nas empresas. **Revista de Informação legislativa**, ano 52, n. 205, p. 87-105, jan./mar. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2020. p. 88-89.

⁴ BOBSIN. Arthur. Entenda o que é compliance e como colocar em prática. Em 28. Jun. 2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/o-que-e-compliance/>. Acesso em 5. Mar. 2020.

⁵ BOBSIN. Arthur. Entenda o que é compliance e como colocar em prática. Em 28. Jun. 2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/o-que-e-compliance/>. Acesso em 5. Mar. 2020.

⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 56, p. 293, abr. 2012.

A adoção do sistema de *compliance* contribui para o equilíbrio e qualidade dos serviços e pode ser colocado em prática através do estabelecimento de padrões éticos e de postura, objetivando a obediência às regras. Esta premissa pode se dar por meio da criação de sistemas internos, canais de comunicação e monitoramento das posturas (não exaustivamente).

A questão do *compliance* ganha grande visibilidade, em especial na atividade privada, quando as empresas começaram a adotar suas práticas, na ideia de diminuir riscos de responsabilização, principalmente no contexto nacional de prevenção a práticas de lavagem de dinheiro.

O *compliance* possui relevância alargada, ademais, no contexto econômico, em especial nas questões sobre litígios, sanções, eficiência e marcos regulatórios. Nesse sentido, as práticas de *compliance* visam a diminuir falhas nos fluxos de atividades e otimizar o cumprimento de regras.

E a existência de um programa de conformidade e integridade bem estruturado e eficaz, atuante de acordo com as melhores práticas, poderá demonstrar, por exemplo, que o ato de corrupção do colaborador da empresa foi episódico e individual, rendendo abertura, no contexto, para afastar a culpabilidade da pessoa jurídica, segundo Tamasauskas e Bottini⁷.

A adoção das práticas de *compliance* pode ser vista como uma autocrítica, de modo a reavaliar atuações e não incidir em erros comuns, aumentando a competitividade e produtividade, além de melhor visibilidade no mercado e incremento dos níveis reputacionais.

A adoção do *compliance* pela corporação evidencia a caminhada para a concretização do princípio da probidade no âmbito privado. O termo 'probidade', na acepção de Maria Chaves de Mello⁸, tem a ver com honestidade de caráter, integridade, boa-fé, fidúcia, confiança, veracidade, decoro, ética, decência, não sendo difícil compreender que se trata de virtude ou valor que deve orientar as relações interpessoais numa sociedade que se pretende civilizada e evoluída.

A legislação que precedeu a Lei das S/As – Decreto-lei nº 2.627/40 – já previa a cláusula geral no sentido de que “*Os diretores deverão empregar, no exercício de suas funções, tanto no interesse da empresa, como no do bem público, a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar, na administração de seus próprios negócios*” (art. 116, §6º).

⁷ TAMASAUSKAS, Igor Sant’anna; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na lei anticorrupção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 947, p. 133-155, set. 2014.

⁸ MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês, inglês-português*. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2009.

A norma foi seguida pelo art. 153 da Lei das S/As, com redação muito similar, retratando a influência do institucionalismo que marcou as empresas, na lição de Ana Frazão⁹. A constitucionalização do direito privado tem gerado a irradiação de eficácia das normas constitucionais para as regras e normas jurídicas que orientam e regulam as relações de índole privada¹⁰.

Ganham espaço, nesse giro, os princípios éticos que presidem e guiam a dinâmica da administração pública. E o espargimento desses axiomas às relações entre particulares e entre estes e o poder público acabaram por criar o chamado princípio da probidade empresarial.

Decorre, portanto, da função social da empresa o fundamento da responsabilidade objetiva, segundo Ana Frazão¹¹, pela prática dos atos lesivos à Administração Pública pelas pessoas jurídicas, no regime da Lei Anticorrupção. A partir do estatuto anticorrupção brasileiro, as empresas estão investidas no dever de atuar conforme a moralidade administrativa em sua relação com o Estado.

O ato de gestão desleal viola, inclusive, a reputação da companhia, o que lhe geraria o direito à indenização pela dimensão punitiva que tal espécie ressarcitória traz consigo. O desenvolvimento do dever de lealdade decorreu da necessidade de tutelar outros grupos sociais que não os acionistas (FRAZÃO, 2011, p. 342-3).

3 O COMPLIANCE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA (E NA VISÃO ESTRANGEIRA)

O *compliance* na legislação brasileira é quase invisível, passando despercebido, mesmo em sendo reconhecida sua importância.

Três diplomas legislativos podem ser citados, como as Leis nºs 13.303/2016, que “*dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*”; 9.613/98 (alterada pela Lei nº 12.683/12), que “*dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos*

⁹ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

¹⁰ LEITE, Gisele. *Constitucionalização do Direito Privado*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 155, dez 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18252&revista_caderno=9>. Acesso em 15 ago. 2018.

¹¹ *Op. cit.*

previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências”, bem como a Lei nº 12.846/2013, chamada de Lei Anticorrupção Empresarial.

Contudo, em momento anterior aos mencionados diplomas, deve-se abrir os parênteses para mencionar que a viga mestra do *compliance* no ordenamento jurídico pátrio é a Constituição, em especial o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II¹², bem como o art. 37¹³, que traça os princípios da Administração Pública. A partir dos mencionados preceitos constitucionais, que estabelecem parâmetros e também limites de atuação, tanto na sociedade quanto no setor público, pode-se (deve-se, na verdade) construir os pilares do *compliance* no Brasil.

A ilustrar o tema, o art. 9º da Lei nº 13.303/2016:

Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:

I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;

II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos;

III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.

§ 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;

II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;

III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;

IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;

V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;

¹² 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: **II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.**

¹³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 4º O estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de compliance se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada.

O diploma em questão data de 2016 e traz, para o setor público, ao menos no texto, previsões típicas de práticas de *compliance*, referenciando-o expressamente. Ao assim prever, a lei tenta aproximar empresas públicas (e correlatas) às práticas exitosas do setor privado, já reconhecidas há mais de década.

É de se ponderar que, mesmo em havendo diferenças substanciais nos setores público e privado, suas semelhanças convergem para uma mesma finalidade, ou seja, que a empresa funcione, produza, gere riquezas e se preste efetivamente aos fins a que se destina. Seja de natureza pública ou privada, inexistente entre elas diferenciação no que toca à necessidade de bom andamento ou gestão, mesmo porque o resultado final de ambas se dirige, em última análise, à contribuição para o desenvolvimento do país (art. 3º, II¹⁴, da Constituição Federal).

Assim é que se observa o avanço legislativo, mas, ao mesmo tempo, forçoso reconhecer que já se passaram alguns anos da edição da lei, sem que seus comandos reflitam uma nova realidade, além do fato da inexplicável omissão da (necessária e bem-vinda) ampliação de seu objeto para todo o Poder Público, indistintamente.

A par das discussões teóricas, é de se ilustrar o presente artigo com exemplos práticos, os quais reforçam a ideia apresentada neste trabalho. A conhecida “BWM¹⁵”, gigante da área automobilística, possui código de *compliance* no qual se fundam seus valores. O exemplo da “BMW” é paradigmático. Mais do que isso, traduz-se em verdadeira linha de conduta que deve ser respeitada. Assim, vale citar:

The BMW Group’s corporate culture is characterized by clear responsibility, mutual respect, and trust. Lawful conduct, fair competition, and respect for human rights are integral to our business activities and an important condition for securing the long-term success of our company. Our primary goal is to avoid risks that could jeopardize the trust our customers, shareholders, business partners, and the general public place in the BMW Group. For this purpose, the BMW Group has established a Compliance

¹⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: II - **garantir o desenvolvimento nacional.**

¹⁵ Bayerische Motoren Werke.

Management System equipped with instruments and measures to help associates handle legal risks¹⁶.

A partir da ideia retromencionada pelo grupo BMW surge seu código de *compliance*, do qual se destaca (diretamente do código de *compliance* da BMW):

Violations of the law, on the other hand, can result in serious consequences for the company, such as fines or compensation claims. There is also the possibility that the BMW Group's reputation could be damaged, thus seriously weakening the BMW Group's position as a provider of premium products and services. In many cases, the mere appearance of a violation of the law can be sufficient to have an unfavorable effect on the public opinion and on the attitude of customers, shareholders or business partners¹⁷.

No campo da administração indireta, nas empresas estatais, tem recebido notável destaque a política de conformidade implementada pela Petrobrás, a partir de 2015, em razão de seu envolvimento nos escândalos de corrupção e crimes licitatórios desvelados pela Operação Lava Jato. A adoção do programa de conformidade pela petrolífera nacional foi fundamental para que restaurasse sua imagem no mercado e o valor mobiliário de seus papéis em bolsa. O fenômeno positivo, de remontagem reputacional, em apenas quatro anos, deveu-se a uma profunda alteração do estado de coisas pretérito para o atual, com o estabelecimento do “Programa Petrobras de Prevenção da Corrupção” (PPPC), baseado em novo modelo de governança, risco e *compliance*, que corrigiu graves problemas na estrutura e nos procedimentos adotados e foi fundamental para permitir que ela retomasse sua missão institucional¹⁸.

¹⁶ **Tradução nossa:** A cultura corporativa do BMW Group é caracterizada por responsabilidade clara, respeito mútuo e confiança. A conduta legal e a concorrência justa são essenciais para nossas atividades comerciais e uma condição importante para garantir o sucesso a longo prazo de nossa empresa. Nosso principal objetivo é evitar riscos que possam comprometer a confiança de nossos clientes, acionistas, parceiros de negócios e o público em geral no BMW Group. Para isso, o BMW Group estabeleceu um Sistema de Gerenciamento de Conformidade equipado com instrumentos e medidas para ajudar os associados e gerentes a lidar com os riscos legais. Disponível em: <https://www.bmwgroup.com/en/company/compliance.html>. Acesso em 6/3/2020.

¹⁷ **Tradução nossa:** Violações da lei, por outro lado, podem resultar em graves consequências para a empresa, como multas ou pedidos de indenização. Há também a possibilidade de que a reputação do BMW Group possa ser prejudicada, enfraquecendo seriamente a posição do BMW Group como provedor de produtos e serviços premium. Em muitos casos, a simples aparição de uma violação da lei pode ser suficiente para ter um efeito desfavorável na opinião pública e na atitude de clientes, acionistas ou parceiros de negócios. Disponível em: https://www.bmwgroup.com/content/dam/grpw/websites/bmwgroup_com/company/downloads/en/2020/CO_LCC_EN_November2019_external.pdf. Acesso em 6/3/2020.

¹⁸ In <https://petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/compliance-etica-e-transparencia/>. Acesso em: 06/04/2020.

Ainda a se considerar, a Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 – nova lei das agências reguladoras – também passou tornar obrigatória a tais entidades a adoção de práticas de gestão de riscos e de controle interno, bem como a elaboração e divulgação de programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção (art. 3º, § 3º).

4 COMPLIANCE NO MINISTÉRIO PÚBLICO (UMA NECESSIDADE)

Remonta-se ao conceito inicial de *compliance* exposto no início do presente ensaio. Como referido, cuida-se de um conjunto de normas e diretrizes direcionadas a nortear as organizações sobre sua conduta no meio em que atuam e perante os órgãos de fiscalização ou regulação, obedecendo aos padrões legais e regulamentares exigidos para cada segmento.

O fenômeno e os efeitos espúrios da corrupção exigem forte atuação do Estado no estabelecimento de padrões de integridade dos seus servidores públicos (agentes). Tal demanda, por conseguinte, inspira a adoção de iniciativas voltadas a proteger a Administração Pública contra riscos de corrupção e de reputação, bem assim postadas a garantir a adequada prestação de serviços à sociedade, implicando, *ipso facto*, o incremento da transparência, a gestão adequada de recursos e métodos, a adoção de mecanismos de sancionamento e o engajamento da sociedade no auxílio ao controle das ações estatais.

Balizados na ideia de que os setores e segmentos da Administração Pública deverão seguir disciplinamentos de conformidade e integridade, construindo, executando, monitorando, revisando e aprimorando diuturnamente seus programas de *compliance*, entende-se que a implementação de programas de *compliance* no âmbito do Ministério Público é salutar.

Sem qualquer viés de questionamento da independência funcional de seus Membros – prevista no art. 127, §1º, da Constituição Federal – não se pode desconsiderar que as instituições e órgãos públicos não podem ficar apartadas de fiscalização, seja por órgãos de ouvidoria ou por setores correcionais de seus agentes.

O grande paradoxo é que muitos desvios e ilegalidades podem ser perpetrados não nos espaços de gestão administrativa do Ministério Público, em razão de os gestores estarem submetidos a rígidos e permanentes controles internos (auditorias internas) e externos (seja pelos tribunais de contas ou pelo CNMP). Inegável, portanto, que os sistemas de controle e governança já se encontram bastante consolidados na administração (atividade-meio) do *Parquet* brasileiro.

Os maiores campos de desvios e desconformidades podem ser praticados nos espaços de maior discricionariedade ou de liberdade de atuação, infiltrando-se no campo da atividade-

fim, sem parecerem, *icto oculi*, perniciosos, mas detentores da capacidade de debilitar a Instituição, silenciosamente e de forma inescapável, quando o membro ministerial pode agir, em tese, de forma escancaradamente divorciada da Constituição e do ordenamento jurídico, às mais das vezes ao influxo não confessado da ideologia política e travestido numa fundamentação retórica balizada em princípios – ainda que os casos e conflitos devam ser solvidos pela aplicação de regras votadas pelo Parlamento. Para que não parem dúvidas, na referência à *ideologia* cabe aclarar que utilizamos a definição mais exata, de Russell Kirk, para quem ideologia não se traduz em 'teoria política' ou 'princípio', embora o meio intelectual insista nesse sentido. Kirk entende a ideologia – e fazemos coro ao citado filósofo – como fanatismo político, consistente na crença de que o mundo presente pode ser convertido em paraíso terrestre pela ação da lei positiva e do planejamento seguro. O ideólogo – socialista, comunista, nazista, fascista, marxista ou de qualquer afiliação – preconiza que a natureza humana e a sociedade devem ser aperfeiçoadas por meios mundanos, seculares, embora tais meios impliquem numa violenta revolução social ¹⁹.

Assim, levanta-se a questão de que o campo primordial de incidência do *compliance* na atividade ministerial pode estar centrado na atuação extrajudicial do *Parquet*. Tirante a atuação judicial, processual, em que o Ministério Público direciona suas pretensões em prol da sociedade ao Poder Judiciário, existem um amplo campo de atuação em que a resolução de conflitos de índole difusa ou coletiva encontra receptáculo em acordos de não-persecução, compromissos de ajustamento de conduta, transações penais, suspensões condicionais do processo, os quais podem ser focos de desequilíbrio funcional – muito embora exista um largo campo de controle judicial *a posteriori*, a atuação extrajudicial e pré-processual, inegavelmente, é prevalente, sendo reservado ao controle judicial apenas o exame formal homologatório.

O desafio, contudo, reside na forma de observância de um programa de *compliance* em tema tão delicado e tão caro à sociedade, sem que a independência funcional seja mitigada. Um órgão de natureza heterogênea, por exemplo, não poderia fazer o controle em questão em razão da multiplicidade de visões em torno de uma instituição que é una.

Atuações divorciadas dos interesses realmente comunitários, em decorrência de um déficit informacional ou de compreensão das efetivas necessidades sociais, também devem ser objeto de monitoramento institucional – o que não se confunde com invasão da independência funcional – de molde a preservar a legitimidade social da atuação ministerial, evitando-se riscos reputacionais à Instituição. Deve-se evitar a atuação ideológica, seja da instituição, seja de seus

¹⁹ KIRK, Russel. O ópio das ideologias, p. 767-68.

órgãos de execução, para o que um programa de *compliance* adaptado à realidade institucional pode surtir um bom efeito.

5 COMPLIANCE NO PODER PÚBLICO (UMA NECESSIDADE E NOVOS CAMINHOS)

A par de defender a adoção de práticas e conceitos de *compliance* no Ministério Público, é de se ponderar que estas devam abranger não somente o *Parquet*, mas também o poder público como um todo.

A mudança de visão e de cultura são necessárias, propondo-se uma verdadeira releitura do art. 37 da Constituição. O aprimoramento dos princípios da impessoalidade e eficiência podem ser considerados os alicerces dos programas de *compliance* perante a administração pública. A ideia já é trabalhada há algum tempo por autores do tema, como se verifica do ensinamento de Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho²⁰:

Nota-se também que as políticas de Compliance estão se consolidando a cada dia, seja na iniciativa privada ou pública. Esperamos que haja, cada vez mais, um tratamento rigoroso para com o Poder Público, pois este deve ser o primeiro a dar o exemplo e, ainda, que ocorra uma sólida mudança comportamental nesse contexto vergonhoso que o Brasil vem tendo a infelicidade de presenciar.

Por fim, ousamos afirmar que a implementação do Compliance na área pública é uma questão de necessidade, pois se mostra inaceitável que agentes públicos continuem a abusar de práticas nocivas ao Estado brasileiro. A corrupção contamina todas as relações que compõem a cadeia de desenvolvimento econômico e, por isso, deve ser duramente combatida em busca de uma economia autossustentável.

O autor trabalha sob o ponto de vista da corrupção; contudo, este não é a única trava da Administração Pública. Outras vertentes podem ser aprimoradas por programas de *compliance* na Administração Pública, como, por exemplo, a questão da prevenção.

Na prevenção, o *compliance* redundaria no deslocamento do eixo de atenção da governança pública, cambiando o momento da fiscalização e se revelando como uma proposta de atividade de prevenção, de auxílio ao gestor previamente à realização da despesa e visando a que, no momento oportuno, seja realizada da melhor forma possível.

Outro ponto nevrálgico que desponta na temática do *compliance* no setor público é a eficiência. A eficiência, aliás, é outra premissa que deve ser levada a efeito para a concretização dos objetivos fundamentais previstos na República Federativa do Brasil; tornar um Estado eficiente, contudo, vai além de simples conceitos. Em se falando de políticas públicas, a

²⁰ COELHO. Cláudio Carneiro Bezerra Pinto. **COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA NECESSIDADE PARA O BRASIL**. Revista de Direito da Faculdade Guanambi v. 3, n. 1, julho-dezembro 2016 p.94.

eficiência pode ser medida por índices de satisfação da população, de forma objetiva, ao desvincular ao máximo de questões ideológicas e político-partidárias. Vale dizer, a questão é saber se o Estado funciona e se melhora a vida das pessoas, ao invés de atravancá-la, em variados setores a serem pesquisados e com uma metodologia adequada.

Nessa linha de raciocínio, a adoção de programas de *compliance* não podem se divorciar de critérios (técnicos) rígidos a serem perseguidos, como por exemplo, o critério de Kaldor-Hicks, a balizar o que seria a eficiência:

Para Kaldor (1939) e Hicks (1939), diferentemente do conceito de Pareto (1994), tem-se a tratar a eficiência, do balanço ou do equilíbrio entre o “custo de restituir o futuro dano causado e o custo da prevenção do futuro dano causado.” (KALDOR, 1939, p. 22 e ss). Nesse sentido, a eficiência não está em, simplesmente, maximizar a produção sem causar danos a alguém, mas achar o equilíbrio entre a “prevenção do dano futuro” e “os gastos pelo pagamento do dano futuro”, e isso pode ser muito bem observado quando o custo de prevenir todo e qualquer dano possível ou de não se prevenir nada e pagar por todo o futuro dano cometido forem maiores que o equilíbrio encontrado em um ponto no qual se usa um pouco de prevenção e se assume alguma parte dos custos do dano causado por não ter essa prevenção máxima²¹.

A necessidade de uma guinada na condução da Administração Pública com a adoção do *compliance* permeado por critérios técnicos é o grande desafio para o Estado Brasileiro e teria o condão, caso bem executado, de minimizar as falhas e lacunas hoje existentes na Administração Pública.

Aspectos de economia comportamental podem ser ligados a esta ideia, com os chamados “nudges”, que são, nas palavras de Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein:

[...] um estímulo, um empurrãozinho, um cutucão; é qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos²².

O alinhamento de tais fatores exige a criação de um ambiente propício à tomada de decisões, a fim de romper com o modelo tradicional, que há muito já se esgotou.

²¹ GONÇALVES, Ecerton das Neves; STELZER, Joana; BONMANN, Eltos Dias. O nível eficiente de proteção e de punição segundo a análise econômica do direito ambiental. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 12, n. 24, p.175-206, jul./dez. 2015. p. 185.

²² THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 14.

6 CONCLUSÃO

Consoante exposto, muito tem sido propagado, produzido e sustentado na temática do *compliance* no âmbito das organizações privadas, olvidando a devida e inarredável importância de que seja conferida a ampliação, ainda que de *lege ferenda*, e à incorporação das noções de integridade e conformidade nas instituições que integram a administração pública.

Se, por um lado, no que se refere à administração pública direta, o ordenamento jurídico ainda carece de regulação expressa a respeito do *compliance*, essa lacuna não pode autorizar a que os órgãos públicos permaneçam divorciado do fenômeno irremediável do *compliance*.

Antes pelo contrário, a legitimidade da atuação pública exige, cada vez mais, a conformidade com mecanismos e procedimentos internos de integridade e governança, voltados à detecção e correção de desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos, bem como a incorporação de um ambiente ético em toda a estrutura administrativa, sem olvidar o fundamental aspecto de densificação da eficiência amalgamada no texto constitucional.

O resultado final, ousa-se a afirmar, voltar-se-á a propiciar uma reforma substantiva das instituições públicas, postando-as a um patamar de gestão pública mais responsável, eficiente e transparente, assegurando um ambiente de interações e de serviços estatais vocacionados a um padrão em que as finalidades públicas e os interesses do cidadão sejam realmente considerados e preservados.

O dolo está na mente ou na ação? Um panorama (para além) dos sistemas causalista (CP/40 e CPM/69) e finalista (CP/84)

Bruno Cortez Torres Castelo Branco

Doutorando e Mestre em Direito Penal – UFPR

(Universidade Federal do Paraná).

Professor de Direito Penal e Processo Penal do ISULPAR

(Instituto Superior do Litoral do Paraná).

RESUMO: O conceito de dolo é tradicionalmente vinculado a uma perspectiva psicológica que o apresenta como um fato biopsíquico que se passa na cabeça do sujeito e que pode ser objeto de descrição. O sistema causalista (Código Penal de 1940 e Código Penal Militar de 1969) bem como o sistema finalista de delito (Parte Geral do Código Penal comum de 1984) ancoram-se neste paradigma cartesiano da consciência que opõe o interno (alma) ao externo (corpo) como realidades ontologicamente distintas. Ocorre que, se o conteúdo da mente é introspectivo, então o dolo resta inacessível a terceiros por via direta de observação no caso concreto. Sem desconsiderar as relevantes contribuições que lhe precederam, o sistema significativo de delito propõe uma nova formulação conceitual de dolo como domínio de um conhecimento socialmente compartilhado (saber) que expressa o sentido de um compromisso de violação do bem jurídico (querer).

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Direito Militar. Dolo. Intenção. Mente. Ação. Sistema Causalista. Sistema Finalista. Sistema Significativo.

ENGLISH

TITLE: Is the intent in the mind or in the action? An overview (beyond) of the causalist (CP / 40 and CPM / 69) and finalist (CP / 84) systems.

ABSTRACT: The concept of intent is traditionally linked to a psychological perspective that presents it as a biopsychic event taking place in the subject's head that can be the object of a description. The Causal Crime System (Brazilian Penal Code of 1940 and Brazilian Military Penal Code of 1969), as well as the Finalist Crime System (General Part of the Brazilian Penal Code of 1984), are anchored in a cartesian paradigm of conscience that opposes the internal (soul) to the external (body) as ontologically different realities. It so happens that if the mind's content is introspective, then the intent remains inaccessible to third parties via direct observation in a specific case. Without disregarding the relevant contributions that preceded it, the Significant Crime System proposes a new conceptual formulation of intent as the domain of a socially shared body of knowledge that expresses the sense of willingness to violate legal properties.

KEYWORDS: Criminal Law. Military Law. Mens rea. Intention. Mind. Action. Causalist Crime System. Finalist Crime System. Significant Crime System.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Dolo como elemento psicológico da culpabilidade: o sistema causalista do Código Penal comum de 1940 – 3 Dolo como elemento psicológico-normativo da culpabilidade: o sistema causalista do Código Penal comum e do Código Penal Militar de 1969 – 4 Dolo como elemento psicológico do injusto: o sistema finalista e a reforma da parte geral do Código Penal comum de 1984 – 5 Dolo como elemento volitivo-normativo: o sistema significativo de delito – 5.1 Bases epistemológicas – 5.2 O sistema significativo de delito – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Uma condenação por delito doloso pressupõe que o acusado tenha realizado o fato delitivo com determinados conhecimentos (elemento cognitivo) e, concomitantemente, seja um ato de vontade (elemento volitivo), performando uma intenção de realizar o tipo de ação proibido. Mas a natureza desses elementos não é unívoca na doutrina: desde um recorte subjetivo, o dolo pode ser descrito como um fenômeno psicológico/ontológico que se encontra na “cabeça do autor” – nos rastros do paradigma cartesiano da consciência.

Essa é a abordagem acolhida (ainda que inconscientemente) assim pelo sistema causal (Código Penal de 1940 e Código Penal Militar de 1969), quanto pelo sistema final (Parte Geral do Código Penal de 1984) de delito, pois não obstante a relevante alteração na topografia analítica do dolo, este continua a ser pré-concebido como um processo mental – o que leva a insuperáveis dificuldades para sua verificação empírica no caso concreto, dado que inacessível a terceiros pela via direta.

Lado outro, a partir de um recorte normativo, o dolo não pensado é um objeto da mente a ser descrito, mas como um atributo normativo a ser imputado a determinados tipos de ação que expressam o sentido socialmente compartilhado de compromisso de vulneração de bens jurídicos tutelados pela norma penal. Saber (elemento cognitivo) é dominar determinadas técnicas, ao passo que querer (elemento volitivo) é manifestar engajamento com a produção do resultado proibido. O significado, pois, não se decifra ou desvenda, mas se compreende a partir das práticas sociais, de modo que a intenção se constroi intersubjetivamente no espaço público – e não no interior da consciência de um sujeito solipsista completamente alijado do mundo da vida (*Lebenswelt*).

Nas linhas seguintes se exteriorizará um panorama dos sistemas causal e finalista na dogmática penal brasileira (comum e militar), demonstrando suas (videntes) rupturas e, especialmente, suas (cegas) permanências. Ao cabo, apresentar-se-á um novo paradigma cuja proposta é ressignificar a teoria do delito – sem desprezar, por certo, as relevantes contribuições que lhe precederam, até porque a compreensão é um perene círculo hermenêutico.

2 DOLO COMO ELEMENTO PSICOLÓGICO DA CULPABILIDADE: O SISTEMA CAUSALISTA DO CÓDIGO PENAL COMUM DE 1940

No direito romano o dolo inicialmente fora associado ao sentimento de perversidade (*dolus malus*), concepção esta que pereceu ao se reconhecer a existência de delitos nos quais o *animus* do agente pode perfeitamente estar atrelado a motivações altruísticas (v.g. a eutanásia), consideradas de relevante valor social ou individual (GARCIA, 2010, p. 474).

LISZT (1899, p. 285) ilidia categoricamente a consciência da ilicitude como parte integrante da ideia de dolo, ou um requisito independente do delito, visto que uma tal exigência “paralisaria a administração da justiça, impondo-lhe o encargo de provar, em cada caso ocorrente, que o agente conhecia o preceito violado”.

Em sentido contrário, BINDING descrevia o dolo precisamente como vontade conscientemente contrária ao direito, no que foi seguido por GARCIA (2010, p. 475), o qual via como benéfico “intercalar no dolo um índice valorativo, como a consciência da antijuridicidade, capaz de vitalizar no sentido ético essa forma do elemento subjetivo”. Em comum, os citados penalistas partilhavam de uma mesma concepção psicológica de dolo e culpa como formas de culpabilidade, é dizer: liame subjetivo que une o autor ao fato típico e antijurídico, tornando-o coisa pessoal sua (TAVARES, 1980, p. 25).

O marco epistemológico dessa teoria psicológica da culpabilidade, base do sistema causalista do Código Penal de 1940, reside justamente no positivismo científico. E isso se percebe claramente no seu método: ao decompor idealmente o delito em dois elementos – “o subjetivo, também chamado psíquico ou interno, e o objetivo, também denominado material, físico ou externo” –, segregava-se, num compartimento objetivo (o injusto), as manifestações externas empiricamente apreciáveis e, num compartimento subjetivo (a culpabilidade), os fenômenos psíquicos acessíveis tão somente pela via indireta da observação e interpretação comportamental (REALE JR, 2002, p. 179).

Duas abordagens despontaram na definição do dolo: a teoria da vontade (*Willenstheorie*) – capitaneada por juristas como CARRARA, na Itália, e BINDING, HIPPEL e BELING, na Alemanha – conceitua o dolo como “a intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato que se sabe contrário à lei”, isto é, o “concurso do intelecto e da vontade”. Inversamente, a teoria da representação (*Vorstellungstheorien*) – advogada, dentre outros, por LISZT, na Alemanha, e IMPALLOMENI, na Itália – aponta o dolo como “mera consciência do nexos de causalidade entre a conduta e o evento [naturalístico]”, sem que nela figure o elemento volitivo, ou seja,

bastaria a consciência de que o comportamento vai gerar o resultado (GARCIA, 2010, p. 472-473).

Nessa senda, o artífice do Anteprojeto de Código Criminal de 1940, Alcântara Machado¹, definiu o dolo a partir da doutrina da vontade, enfocando o elemento *volitivo*, na mesma trilha que o Código Penal espanhol de 1928, o italiano de 1930, o uruguaio de 1934, e o suíço de 1938, assim como os projetos franceses de 1934, o argentino de 1937 e o chileno de 1939 (MACHADO, 1939, p. 67). Alijava-se, pois, das teorias da representação, nas quais o elemento cognitivo se sobressairia na delimitação entre dolo e culpa.

HUNGRIA lançou, inicialmente, fervorosa crítica à eleição da teoria da vontade pelo anteprojeto, arguindo constituir um “pecado mortal” reproduzir “o conceito do *dolus facti* do código italiano, isto é, o dolo descarnado do elemento ético-jurídico”, aconselhando a incorporação da concepção normativa de dolo do projeto alemão. MACHADO (1939, p. 69), por sua vez, retrucou que a adição de um novo elemento (o cognitivo) sobrecarregaria demasiadamente o dolo e que, mesmo entre os juristas tedescos da época, um conceito normativo de dolo não seria ainda unanimidade, mas uma ideia em vias elaboração, razão pela qual seu traslado da academia para o legislativo haveria de ser obstado enquanto não perfeitamente abalizado.

Uma comissão revisora foi posteriormente designada para análise do referido anteprojeto, composta por Vieira Braga, Nélon Hungria, Narcéllo de Queirós e Roberto Lira. Finalizados os trabalhos e publicado o texto legislativo em dezembro de 1940, o próprio Ministro da Justiça Francisco Campos redigiu sua Exposição de Motivos, na qual admite claramente um perfil sincrético, dado que “não reza em cartilhas ortodoxas, nem assume compromissos irretratáveis ou incondicionais com qualquer das escolas ou das correntes doutrinárias”, completando que “os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva”.

Da escola clássica, de matriz iluminista, incorporou-se o princípio da responsabilidade moral, pressupondo a autonomia da vontade como axioma ético inerente ao direito penal, sob o risco de transformá-lo em mero instrumento de utilitarismo estatal – contrapondo-se, destarte, ao projeto italiano de “Código Criminológico” de Enrico Ferri de 1921, adepto de uma responsabilidade legal vazada em parâmetros deterministas e, por conseguinte, da unificação das

¹ Professor de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, convidado em 9 de dezembro de 1937 para a elaboração do Novo Código Penal por Francisco Campo, então Ministro da Justiça do Estado Novo de Getúlio Vargas e responsável pela redação da Constituição “Polaca” de 1937. Insta ressaltar que Machado entregou o anteprojeto em 1938 e adotou a denominação “Código Criminal”, sob a justificativa de que a ideia do crime precede logicamente a da penalidade e que o projeto adota a distinção entre pena e medida de segurança, de modo que o epíteto “código penal” estaria em contradição com seu conteúdo. Para maiores informações históricas acerca do anteprojeto, cf. MACHADO, Alcântara. *Para a História da Reforma Penal Brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

penas e medidas de segurança (SONTAG, 2014, p. 190). De forma inédita, pois, o Código Penal de 1940 previa a cominação de penas com caráter repressivo e intimidante aos moralmente responsáveis e, diversamente, aos “perigosos”, estipulava-se a cominação de medidas de segurança – à semelhança das *misure di sicurezza* do *Codice Rocco* de 1930².

Da escola positivista, por seu turno, destaca-se sua influência no Código Penal brasileiro de 1940 pela seleção e ordenação das circunstâncias judiciais na aplicação da pena³, visto que as de natureza subjetiva (antecedentes, personalidade, intensidade de dolo e grau de culpa, motivos) são antepostas às objetivas (circunstâncias e consequências do crime), bem como consideradas preponderantes quando do concurso entre agravantes e atenuantes⁴. Nesse ponto, o anteprojeto Alcântara Machado delineava em minúcias os critérios para exame da personalidade do condenado, devendo o julgador levar em consideração a idade, a educação, a situação econômica, os precedentes judiciários e penais, as condições de vida individual, familiar e social, o comportamento e estado de ânimo antes, durante e depois do delito, e tudo quanto contribua para o conhecimento do caráter e temperamento do delinquente” (POZZO, 1940, p. 631) – em mais uma demonstração do afã advindo do *Codice Rocco*⁵, que prossegue vigente na Itália⁶.

² O *Codice Rocco* italiano se compunha de três livros, sendo o primeiro “Dos crimes em geral” (*Dei reati in generale*), o segundo “Dos crimes em particular” (*Dei delitti in particolare*) e o derradeiro “Das contravenções” (*Delle contravvenzioni in particolare*). Quanto à tratativa das penas no título II (*Delle pene*) do primeiro livro, dividiu-as em principais e acessórias, classificação esta apadrinhada pelo CP 1969. Sublinhe-se que o anteprojeto Alcântara Machado de 1938, temporalmente mais próximo da legislação ítala, já refutava essa classificação, sugerindo, em vez de penas acessórias, “efeitos necessários ou eventuais da condenação” – o que foi acolhido pela nova parte geral do Código Penal comum de 1984.

³ CP/1940: Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;

II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

⁴ CP/19140: Art. 49. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

⁵ Código Penal Italiano (*Codice Rocco*, tradução nossa):

Artigo n. 133. Gravidade da infração: avaliação dos efeitos da pena.

1. Ao exercer o poder discricionário indicado no artigo anterior, o juiz deve levar em consideração a gravidade da infração, deduzida:

- 1) da natureza, das espécies, dos meios, do objeto, da hora, do local e de qualquer outro modo de ação;
- 2) a gravidade do dano ou perigo causado à pessoa ofendida pelo crime;
- 3) da intensidade do dolo ou do grau de culpa.

2. O juiz deve levar em conta, além disso, a capacidade do delinquente de cometer um crime, inferida a partir:

- 1) dos motivos para delinquir e do caráter do réu;
- 2) os antecedentes criminais e judiciais e, em geral, da conduta e da vida do réu; antes da infração;
- 3) da conduta contemporânea ou subsequente à infração;
- 4) das condições individuais, familiares e sociais da vida do réu.

⁶ O *Codice Rocco*, ainda em vigor na Itália, passou por uma série de reformas que excluíram ou modificaram institutos fascistas, mas a doutrina o rotula como uma “lei maculada”, por ser derivado desde a origem de um regime de violência com exponencial capacidade contaminatória de sua influência corruptiva. O Estado facista deixa de ser um mediador de interesses individuais antagônicos (concepção contratualista) para se tornar, ele mesmo, o sujeito protegido e conservado, inclusive contra os indivíduos (DAL RI JR; GOUVEIA, 2019).

Especificamente no âmbito do dolo, da análise do quanto disposto no artigo 15, n. I do Código Penal de 1940, Campos registra, na Exposição de Motivos, ter sido levada a cabo uma plena equiparação entre dolo direto e dolo eventual, pois “inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo [*effectus sceleris*]: ainda que sem interêsse nêle, o agente o ratifica *ex ante*, presta anuência ao seu advento”.

De forma mais acurada, como lhe era peculiar, HUNGRIA (2016, p. 114) traz à luz justamente aquele sincretismo antes assinalado, visto que o dilema quase insuperável entre teoria da vontade (*Willenstheorien*) e teoria da representação (*Vorstellungstheorien*) restou suplantado por meio de uma edificação dogmática híbrida:

Vê-se que o nosso legislador de 40, ao fixar a noção do dolo, não se ateu à chamada teoria da representação (para a existência do dolo, basta a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo ou provável), que, aliás, na sua pureza, está inteiramente desacreditada; e, com todo acerto, preferiu a teoria da vontade (dolo é a vontade dirigida ao resultado), completada pela teoria do consentimento (é também dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável, consente no advento deste ou, o que vem a ser o mesmo, assume o risco de produzi-lo).

Não se pode conceber que alguém queira determinado evento, acentua GARCIA (2010, p. 473), sem que haja a sua percepção prévia, perfazendo-se, no Código Penal de 1940 (e também no de 1969) uma verdadeira simbiose entre os elementos intelectual e volitivo do dolo.

Mas uma grave celeuma salta aos olhos: quando o Código Penal de 1940 prescreve a *não-punibilidade* ou *isenção de pena* ao sujeito que comete o crime sob coação moral irresistível ou em cumprimento de ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico⁷, como explicar a exculpação em casos tais em que há patente vínculo psicológico entre o fato e o seu autor, nos exatos termos da teoria psicológica da culpabilidade professada pelo sistema causalista? O mesmo se diga da culpa inconsciente, em que falece, terminantemente, qualquer vínculo psíquico entre o agente e o resultado (TAVARES, 1980, p. 31). Abre-se margem para uma nova teoria.

3 DOLO COMO ELEMENTO PSICOLÓGICO-NORMATIVO DA CULPABILIDADE: O SISTEMA CAUSALISTA DO CÓDIGO PENAL COMUM E DO CÓDIGO PENAL MILITAR DE 1969

O sistema Liszt-Beling sofreu inúmeros rearranjos que estenderam sua vida útil, especialmente no tocante ao conceito de ação (TAVARES, 1980, p. 42): conduta volitiva (Von

⁷ CP/1940: Art. 18. Se o crime é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Hippel), realização da vontade (Mayer), conduta voluntária (Rittler) e conduta humana (Mezger) – o que explicaria sua recepção nos dois Códigos de 1969. Tais conceitos, contudo, mostraram-se excessivamente genéricos, abarcando toda sorte de atividade humana – como os estados de inconsciência, a exemplo da mãe que sufoca ou lesiona o filho na amamentação ao sofrer delírios ou convulsões epiléticas (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 97).

Aníbal BRUNO (1959, p. 299) foi um dos juristas brasileiros quem mais esforços envidou para tal desiderato de atualização, acrescentando uma dimensão normativa (dever de agir) ao conceito de ação meramente causal-naturalista (ativação dos nervos motores) a fim de englobar a omissão, não obstante tenha ele próprio afirmado que essa questão do dever haveria de ser aferida desde um sentido natural, desprovido de qualquer referência a conteúdos jurídicos – uma argumentação paradoxal que apenas expressa uma “tentativa inidônea” de salvar o (moribundo) modelo causalista.

A absoluta inconsistência da teoria psicológica da culpabilidade teve por golpe de misericórdia a decantação dos elementos normativos do tipo e dos elementos subjetivos do injusto, operados por Mayer e Mezger (TAVARES, 1980, p. 38). Desfez-se, assim, a perspectiva até então predominante de compartimentalização de caracteres objetivos, num vaso, e subjetivos, num outro – como se líquidos imiscíveis fossem, incapazes de comunicação ainda que postos num mesmo recipiente. A antijuridicidade também ganhou nova feição: à infração formal à norma jurídica (*antijuridicidade formal*) foi justaposta uma exigência de valoração do grau de danosidade social da lesão (*antijuridicidade material*).

Sendo o tipo composto por elementos descritivos (v.g., *subtrair*), bem como normativos (v.g., *coisa alheia*) e, ainda, de uma intenção especial para além do dolo (v.g., *para si ou para outrem*). Uma reformulação do conceito de culpabilidade psicológica se faria igualmente indispensável para se adaptar a essa nova realidade dogmática. Nessa fase é de se destacar o ineditismo da contribuição de Reinhard Frank, para quem o dolo e a culpa, conquanto continuassem a integrar a culpabilidade, não mais se apresentam como seus elementos puramente subjetivos, e sim como juízo de reprovação pessoal em face do sujeito que, podendo atuar conforme o direito (normalidade das circunstâncias concomitantes), escolhe outra via (TAVARES, 1980, p. 40).

Destarte, a problemática alhures ventilada acerca da ausência de punição da coação moral irresistível e da obediência a ordem hierárquica não manifestamente ilegal, dogmaticamente injustificável sob o manto da teoria psicológica da culpabilidade, é parcialmente solucionada por Frank: conquanto subsista o nexos psíquico entre o fato e seu autor, não haveria como censurar o agente diante da anormalidade das circunstâncias que condicionaram a sua vontade de agir.

Exsurge, assim, uma cláusula geral de exculpação consubstanciada na inexigibilidade de conduta conforme a norma.⁸

Ocorre que a inserção de elementos normativos em todos os âmbitos do delito (seja no tipo, na antijuridicidade ou culpabilidade), longe de resolver as impropriedades do paradigma causalista, expõe de modo incontestável suas profundas fraturas teóricas – em particular a flagrante assistemática em relação à tratativa do dolo e dos elementos subjetivos do tipo em categorias analiticamente distintas, bem como o reconhecimento de que os inimputáveis agem com dolo – sob pena de inviabilizar o concurso de pessoas (FRAGOSO, 1976, p. 274).

A simples referência à noção de “conhecimento da ilicitude” no seio do dolo já é, pois, indicativo de um componente normativo, a afastar a possibilidade de sua compreensão como um elemento da culpabilidade de conteúdo exclusivamente psíquico-naturalista. A vontade de realizar o tipo, com a consciência de que atua contra o direito, contradiz assim todo o sistema causalista (TAVARES, 1980, p. 33).

É, pois, chegada a hora de transição para um novo paradigma – que, de igual modo, não estará imune a críticas.

4 DOLO COMO ELEMENTO PSICOLÓGICO DO INJUSTO: O SISTEMA FINALISTA E A REFORMA DA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL COMUM DE 1984

O conceito de causalidade há de ser considerado como interpretação de uma realidade propriamente jurídica – e não derivado de um cotejo meramente descritivo de movimentos mecânicos, típico das ciências naturais. As tentativas falhas de reformulação da estrutura da ação no interior do espectro causalista, valendo-se de artifícios linguísticos para encaixilhar a omissão no quadrante da ação, relevou a impossibilidade lógica de sustentação de tal esquema.

Diversamente do Código Penal Militar – em vigor desde sua outorga em 21/10/1969 –, a condenação ao limbo do Código Penal comum de 1969, definitivamente revogado pela Lei 6.578/1978 antes mesmo de vir a produzir efeitos, levou a novas propostas de reformulação da agonizante parte geral: uma, apenas setorial, patrocinada por Alfredo Buzaid (Lei 6.416/1977),

⁸ O Código Penal comum de 1969 (revogado) e o seu congênere Militar aderiram explicitamente a essa parcial remodelação normativa do sistema causalista, com redações exatamente idênticas. Veja-se:

CP/1969: Art. 25. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que **não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa**. (grifo nosso)

CPM/1969: Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que **não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa**. (grifo nosso)

centrada nas penas privativas de liberdade, multa, penas acessórias, reincidência, sursis e livramento condicional; e outra, global, a traduzir uma completa mudança ideológica e técnica, que logrou êxito com a Lei 7.209/1984 (DOTTI, 2016, p. 353-355).

A Comissão de elaboração da nova parte geral foi presidida por Francisco de Assis Toledo e integrada ainda por Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti. Curioso notar, em sua Exposição de Motivos, que foram mantidas as mesmas regras do Código de 1940 relativas aos conceitos de crime consumado e tentado, de desistência voluntária e arrependimento eficaz, de crime impossível, de **dolo** e *culpa stricto sensu*. Outra, contudo, foi a formatação da culpabilidade e, por conseguinte, da própria topografia e essência do dolo.

Um novo sistema dogmático foi eleito pelo legislador: o *finalismo*. Tendo por alicerce a noção de que a ação humana é exercício de uma atividade final e, portanto, seria “vidente”, ao passo que o acontecer causal não estaria dirigido em função do fim e, por isso, seria “cego”, Hans WELZEL (2006, p. 41) ilustra o seu argumento:

Para aclarar isto me remeto à diferença existente entre um homicídio, por um lado, e um raio mortal, por outro; no homicídio todos os atos estão dirigidos em função do fim pré-fixado: a compra da arma, o perseguir, apontar, puxar o gatilho, enquanto que no raio o resultado da morte é a resultante cega dos elementos causais existentes.

A direção final de uma ação se desenvolveria em duas fases: a primeira se daria exclusivamente na esfera interna do sujeito (pensamento), por meio da antecipação mental do fim que o autor quer realizar e, ato contínuo, pela seleção dos meios de ação necessários (fatores causais) para sua consecução, levando em conta ainda os efeitos concomitantes possíveis e não desejáveis; a segunda (fase), por sua vez, dá-se com a materialização do plano mental no mundo real ao se colocar em ação aquela ideia previamente concebida, cujo resultado é composto pelo fim perseguido e os seus efeitos concomitantes. A ação finalista é, destarte, consciente acerca de seu objetivo (WELZEL, 2006, 43-44).

O finalismo retoma a concepção aristotélica de ação – posteriormente difundida por Tomás de Aquino –, segundo a qual tudo o que existe na natureza existe para um fim, de modo que a única compreensão possível do mundo residiria na finalidade de que resultam os fenômenos (TAVARES, 1980, p. 55). Abandona-se, pois, a dicotomia entre tipos penais causais e tipos penais finais: todos estariam enlaçados por um supraconceito ontológico de ação final, a permear integralmente cada uma das categorias analíticas do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).

Mas, ressalte-se, a finalidade não se confunde com o dolo: pode haver vontade de ação sem que, *incontinenti*, o dolo se faça presente. No sistema finalista, dolo e culpa não mais integram a culpabilidade (nem como seus elementos, tampouco como graus de censura): migram para a própria tipicidade. Perfeitamente plausível, pois, que alguém atue com vontade de praticar uma ação (v.g., ter conjunção carnal com menor de quatorze anos), sem que aja com dolo (v.g., falsa percepção quanto à idade da vítima), incorrendo em erro de tipo. No crime culposos, por seu turno, o agente chega ao resultado típico por falha ou desvio no emprego dos meios ou no processo causal.

Especificamente quanto ao tipo doloso, este se desdobra em tipo objetivo e tipo subjetivo, superando, pois, a perspectiva causalista pura (CP/1940) – que remetia todos os elementos subjetivos à culpabilidade – e a causalista-normativa (CP e CPM/1969) – que assistematicamente, como já ressaltado, admite elementos subjetivos do tipo, mas preserva o dolo no domínio da culpabilidade.

O dolo, para WELZEL (2006, p. 86), compreende a vontade consciente em realização ao tipo objetivo: assim, no conhecido exemplo do sobrinho que, para herdar toda a herança de seu tio, o incentiva a fazer uma viagem de avião, vindo então a sofrer um fortuito acidente fatal, Welzel exclui o tipo por ausência de dolo – ao passo que os causalistas pretendiam excluir a própria relação de causalidade.

Cláudio BRANDÃO (2000, p. 92) explana essa diferença fundamental entre o conceito de dolo na teoria causalista e finalista, *in verbis*:

na teoria causalista, não se analisa o conteúdo da vontade que está presente na ação, portanto não se reconhece que o dolo está na ação; para essa teoria, o dolo deve ser estudado na culpabilidade; já no finalismo, reconhece-se que a vontade dirigida a um fim dirige a causalidade, logo o conteúdo da vontade, isto é, o dolo, é integrante da ação.

Observa TAVARES (p. 1980, p. 66) que, no sistema finalista, não faz mais sentido empregar os termos “dolo de ímpeto”, “dolo de premeditação”, “dolo determinado” ou “dolo indeterminado”, típicos do causalismo, na medida em que, ao associar o dolo à atividade final, as hipóteses se reduzem a apenas duas: ou o sujeito quer a realização do tipo (dolo direto) ou ele considera sua realização como possível e assume o risco de sua produção (dolo indireto).

Se na antijuridicidade é uma simples verificação do contraste entre a ação e o direito, é na culpabilidade que o autor será submetido a um juízo de reprovação pessoal (ZAFFARONI, 2011, p. 420): deve-se analisar se ele agiu ou não em conformidade com a norma tendo em conta se,

concretamente, *poderia* ter satisfeito as exigências jurídicas (consciência não mais atual, e sim potencial da antijuridicidade).

A teoria psicológica ou psicológico-normativa, assim, cede espaço para a doutrina normativa pura da culpabilidade: o conhecimento pressupõe não apenas que suas várias etapas sejam executadas de maneira não causal, como também que o agente possa assumir como sua a responsabilidade pela aquisição do conhecimento (ainda que potencial) acerca do conteúdo do injusto, com ele conformando sua direção finalística (WELZEL, 2006, p. 143).

No âmbito do Direito Penal Militar, adere a essa concepção Jorge César de ASSIS (2018, p. 188), ao assentar que o “dolo é informado por dois elementos, um intelectual e outro volitivo”, correspondendo o primeiro à “antecipação mental que fazemos – consciência do que faz e do nexo causal com o resultado”, enquanto o segundo “é elemento pelo qual o agente sai do pensamento” e “entra na realidade”.

No mesmo sentido Coimbra NEVES e STREINFINGER (2014, p. 215), para quem o modelo finalista é inafastável, por não se admitir “a responsabilidade penal por mera atitude causadora de um resultado típico, desprovido do elemento final”. Outrossim, a concepção normativa pura de culpabilidade, despida de elementos subjetivos inerentes às teorias psicológicas que lhe sucederam, “por ser a teoria mais aceita” e “porque a entendemos possível de ser aplicada na moldura causalista do Código Penal Militar” (NEVES; STREINFINGER, 2014, p. 413), é por eles acolhida numa espécie de sincretismo dogmático.

Não obstante os louváveis esforços, é de se realçar uma vez mais a intransponível advertência de TAVARES (1980, p. 47): “essa nova estrutura [finalista] não se coaduna com o esquema causalista”, pois “a introdução do normativo na ação, no tipo e na culpabilidade traz, como consequência, a necessidade de uma nova estrutura para o delito”.

O conceito de *sistema*, e de *sistema jurídico* em particular, conquanto tormentoso, é definido como “a reunião, conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente” (ANDRADE, 2013, p. 36). E em cada sistema há elementos *fixos* – que marcam sua identificação e diferenciação de outros sistemas existentes – e, concomitantemente, elementos periféricos *variáveis* – cuja presença não é determinante, mas meramente acessória, permitindo sua mobilidade e funcionamento.

Cabe, então, perquirir: quais os elementos fixos e variáveis dos sistemas causalista e finalista? O conceito de ação é, seguramente, o elemento diferenciador entre ambos: assim, considerando-se como elementos fixos do sistema causalista a existência de um injusto objetivo

(vontade exteriorizada de maneira a por em marcha a causação de um resultado proibido) e de uma culpabilidade subjetiva (relação psicológica entre a conduta e resultado); já no sistema finalista esse núcleo duro é constituído por injusto pessoal (ação humana dirigida finalisticamente a um resultado proibido) e culpabilidade normativa (puro juízo de reprovação sobre o autor).

Como elementos variáveis, poderíamos mencionar a antijuridicidade material (grau de dano ao bem jurídico) e os elementos normativos do tipo, pois sua presença ou ausência num ou noutro sistema não os desfiguram em sua essência. O mesmo não se pode dizer da absoluta normatização do conceito de culpabilidade: tal proposta não é compatível com o sistema causalista, por entrar em choque com um de seus elementos fixo (dolo e culpa como formas de culpabilidade).

Visando superar essa assistemática de um modelo sincrético, GALVÃO (2018, 63-64) propõe a unificação das teorias do delito do Código Penal comum e do Código Penal Militar. Sustenta o jurista não ser possível “que o ordenamento jurídico brasileiro mantenha um modelo teórico diferenciado para a identificação do crime militar, sob pena de manifesta violação ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CR/88)”, pois não se pode esquecer “que o ordenamento jurídico constitui um sistema, no qual a adequação valorativa e a unidade interior constituem premissas inarredáveis do trabalho hermenêutico”.

NEVES e STREIFINGER (2014, p. 93-96) enumeram didaticamente quatro teorias para definir o crime militar: para a “Teoria Clássica” (Célio Lobão e Jorge César de Assis), crime propriamente militar é aquele só pode ser cometido por militar, a exceção do crime de insubmissão (art. 183, CPM); segundo a “Teoria Topográfica” (Celso Delmanto e Paulo Tadeu Rodrigues Rosa), os crimes propriamente militares têm definição diversa da lei penal comum ou nela não se encontram; a “Teoria Processual” (Jorge Alberto Romeiro), por seu turno, sustenta que crime propriamente militar é aquele cuja ação penal somente pode ser proposta em face de militar; por fim, de acordo com a “Teoria Tricotômica” (Ione de Souza Cruz e Cláudio Amim Miguel), o crime propriamente militar é aquele só praticado por militar, ao passo que o crime tipicamente militar só possui previsão no Código Penal Militar, e se previsto também na legislação penal comum é denominado de crime impropriamente militar.

GALVÃO (2018, p. 65) defende que o sistema causalista foi revogado pela Lei 7.209/84, porquanto a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria anteriormente disciplina. Logo, embora sem fazer expressa menção ao Código Penal Militar, a Nova Parte Geral do Código Penal comum de 1984 revogou os

dispositivos do estatuto repressivo castrense que suportavam a utilização de uma teoria do crime diversa. Enfatiza que essa necessidade de revisão e atualização dogmática é compartilhada por outros relevantes autores, como Jorge Alberto ROMEIRO (1994, p. 108), bem como por Ione Cruz e Cláudio Amim Miguel (2005, p. 18).

Não desconhecemos posição em sentido contrário, com destaque para Adriano ALVES-MARREIROS (2012) – ainda que em comentário anterior à nova redação legislativa do art. 9º do CPM –, contrária à revogação da parte geral do Código Penal Militar em razão da específica índole do direito penal castrense. Para ilustrar sua argumentação, consigna uma série de dispositivos estranhos ao direito penal comum, a exemplo da extraterritorialidade da lei penal militar no espaço⁹, o conceito de superior¹⁰, agravantes¹¹ e causas específicas de exclusão do crime¹² ou de inaplicabilidade da exculpação¹³. A preocupação, não obstante procedente, em nada ilide a adoção de uma única teoria do delito (em conformidade com a reforma penal de 1984), na medida em que os institutos referidos pelo autor poderiam perfeitamente ser interpretados – na terminologia de Mauro Andrade – como *elementos variáveis*, os quais não contradizem o *núcleo duro* do sistema finalista.

Dessa forma, parece-nos mais acertada a abordagem sugerida por GALVÃO, notadamente após o advento da Lei 13.491/2017, que alterou a redação do artigo 9º do CPM¹⁴ para ampliar a incidência do conceito de crime militar inclusive aos delitos previstos na legislação penal comum, desde que praticados em circunstâncias idôneas a perturbar a existência e regularidade das instituições militares, sempre tendo em conta seus princípios organizacionais (hierarquia e disciplina) constitucionalmente demarcados.

⁹ CPM/1969: Art. 7º Aplica-se a lei penal militar, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte no território nacional, ou fora dêle, ainda que, neste caso, o agente esteja sendo processado ou tenha sido julgado pela justiça estrangeira.

¹⁰ CPM/1969: Art. 24. O militar que, em virtude da função, exerce autoridade sôbre outro de igual pôsto ou graduação, considera-se superior, para efeito da aplicação da lei penal militar.

¹¹ CPM/1969: Art. 53. § 4º Na prática de crime de autoria coletiva necessária, reputam-se cabeças os que dirigem, provocam, instigam ou excitam a ação.

¹² CPM/1969: Art. 42. Parágrafo único. Não há igualmente crime quando o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque.

¹³ CPM/1969: Art. 40. Nos crimes em que há violação do dever militar, o agente não pode invocar coação irresistível senão quando física ou material.

¹⁴ Crimes militares em tempo de paz

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

5 DOLO COMO ELEMENTO VOLITIVO-NORMATIVO: O SISTEMA SIGNIFICATIVO DE DELITO

5.1 Bases epistemológicas

A dogmática penal brasileira, majoritariamente, compartilha da arquitetura dogmática de Welzel. E qual o problema do finalismo? GUARAGNI (2014, p. 43) responde que é exatamente o mesmo do causalismo, pois se nada no mundo do ser vincula o dever-ser, não é possível construir um sistema, ou seja, um “conjunto de elementos dogmáticos que giram em torno de uma ideia fundante, em torno da ideia fundante, extraída do mundo do ser, chamada conduta humana, como um fazer guiado por um fim.”

Na mesma linha, TAVARES (1980, p. 89) ressalta a “incompatibilidade de um conceito ontológico puro de ação, como norma a que o legislador deva seguir, com os delitos de omissão”, bem como a formulação de uma culpabilidade pela condução da vida – a justificar a nefasta classificação criminológica positivista de criminosos habituais ou por tendência adotada pelo Código Penal Militar¹⁵, influenciado pelo *Codice Rocco*¹⁶ –, quando WELZEL (1970, p. 212) declara que “a culpabilidade do fato individual tem sua raiz na estrutura defeituosa do estrato da personalidade, em um defeito de caráter”.

Mas o ponto fulcral desse trabalho é outro: como sustentar uma *concepção subjetiva de dolo*, segundo a qual aquilo que o indivíduo conhece ou quer é sempre algo pertinente ao mais íntimo de sua *psique*? Acaba-se por esbarrar numa *aporia*: como penetrar nesse obscuro invólucro da alma humana onde a pessoa guarda seus mais profundos pensamentos e impulsos motivadores?

¹⁵ CPM/1969: Art. 78. Em se tratando de criminoso habitual ou por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado.

(...) § 2º Considera-se criminoso habitual aquele que:

a) reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa de liberdade em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena;

b) embora sem condenação anterior, comete sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes dolosos da mesma natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para tais crimes.

§ 3º Considera-se criminoso por tendência aquele que comete homicídio, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave, e, pelos motivos determinantes e meios ou modo de execução, revela extraordinária torpeza, perversão ou malvadez.

¹⁶ *Codice Rocco*, Artigo n. 108 - Tendência a delinquir (Tradução nossa):

1. É considerado um delinquente por tendência aquele que, embora não seja reincidente ou delinquente habitual ou profissional, comete um delito não culposos contra a vida ou a segurança individual, mesmo que não esteja previsto na primeira parte do décimo segundo título [Dos delitos contra a pessoa] do segundo livro [Dos delitos em particular] deste código, que, por si só e em conjunto com as circunstâncias indicadas nos parágrafos do artigo 133, revelam uma especial inclinação ao delito, que encontra sua causa na índole particularmente má do condenado.

Se num Direito Penal Democrático a dúvida deve ser interpretada sempre em favor do réu, é certo também que uma concepção subjetiva *sempre* levantaria dúvidas quanto à efetiva intenção (psíquica) do sujeito, de modo que a absolvição *sempre* se faria cogente em todo e qualquer caso necessariamente.

G. RYLE, filósofo britânico influenciado pelas teses de Wittgenstein, em seu consagrado “*The Concept of Mind*”, antepõe-se à “teoria oficial” da mente de Descarte e a rotula de “o mito das volições”, visto que a ideia de que existe uma faculdade ou órgão imaterial que corresponde ao que se denomina de “vontade” não é empiricamente demonstrável. Em suas palavras (RYLE, 2005, p. 14):

Quando se descreve alguém como conhecendo, acreditando ou julgando alguma coisa, esperando, receando, planejando ou evitando qualquer coisa, projetando isto ou divertindo-se com aquilo, supõe-se que estes verbos indicam a ocorrência de modificações específicas na sua (para nós) oculta corrente de consciência. Só o seu próprio acesso privilegiado a esta corrente, em ciência [*awareness*] e introspecção diretas, poderia dar testemunho autêntico de que estes verbos de conduta mental foram corretos ou incorretamente aplicados. O espectador, seja ele professor, crítico, biógrafo ou amigo, nunca pode ter certeza de que os seus comentários tenham quaisquer laivos de verdade.

Transpondo a dicotomia cartesiana entre interno/externo, Ramos VÁZQUEZ (2008, p. 340) pontua que todas as condutas tipificadas nas diferentes normas penais são reduzíveis a um gênero comum: não por serem todas elas “modificações externas do mundo” (nos tipos omissivos isso não ocorre) ou “exercício de atividade final” (na imprudência inconsciente isso tampouco se verifica). É o significado que as fazem propriamente ações, permitindo distingui-las dos *atos* – que simplesmente acontecem, como um raio ou um tsunami. Ação, pois, não é um objeto físico (externo/causal) ou psíquico (interno/final) a ser descrito: não é algo que os homens fazem, mas o significado do que fazem.

Se virmos alguém chorar e gemer com um caco de vidro introduzido no seu pé, temos então um critério de que o indivíduo se encontra ferido e por isso *tem* dor. Todavia, se essa cena se passa no bojo de uma peça teatral, o contexto modifica-se completamente e o critério passa a indicar evidências a favor de uma simulação da dor.

A *mente*, pois, não reside na *cabeça* – como queria Descartes –, e sim na própria *ação*, porquanto “todo processo interno necessita de critérios externos” (WITTGENSTEIN, 2002, §580), entendendo-se por critérios a base para a afirmação de certas proposições e sua conexão com as noções de prova, verificação e conhecimento.

5.2 O sistema significativo do delito

A mais contundente e abalizada crítica ao finalismo advém do sistema significativo de delito, erigido por Tomás Salvador Vives Antón¹⁷ e Paulo César Busato¹⁸. Tendo por marco teórico a filosofia da linguagem do segundo Wittgenstein, abandona o modelo mentalista cartesiano – comum ao causalismo e ao finalismo. O sentido da ação, não o movimento corporal ou a finalidade, constituem o coração do novo sistema.

Ao ser interpretada por meio da linguagem, a ação humana cobra uma dimensão significativa inexistente nas condutas dos animais – que, por isso, não são *ações* nem em sentido jurídico-penal, nem no uso comum do termo, mas apenas *atos*. Da ação se compreende (o sentido) por meio da linguagem adquirida no curso da vida social; do ato simplesmente se descreve (o ocorrido). O significado, portanto, é interpretado a partir das regras de uso nos mais diversos “jogos de linguagem”: e uma regra só pode ser seguida se há um uso estabelecido (VIVES ANTÓN, 2011, p. 229).

Seguir uma regra é um costume, uma prática, um hábito: não é possível um único homem ter seguido uma regra uma única vez. Não é possível uma única comunicação ter sido feita, uma única ordem ter sido dada ou entendida uma única vez. “Não pense, mas veja!” (WITTGENSTEIN, 2002, §66), pois “não podemos adivinhar como uma palavra funciona” (*Ibidem*, §340), a não ser que investiguemos para aprender o seu efetivo uso.

Em relação ao dolo, VIVES ANTÓN (2019, p. 107) pontua que já se foi o tempo em que as perguntas sobre se o dolo era dolo natural ou *dolus malus*, sobre se pertencia à ação típica ou à culpabilidade, ou sobre se era ou não um elemento necessário do tipo de injusto, ocupavam o centro da discussão no Direito Penal.

Se o eixo da atual discussão acadêmica sobre o dolo não mais diz respeito à sua topografia na teoria do delito, quais novas inquietações esse conceito nos traz? Sobre a natureza de seus elementos, visto que a doutrina tradicionalmente concebe assim o componente cognitivo (saber) como o volitivo (querer) do dolo como processos ou acontecimentos mentais. É dizer: o dolo seria um fenômeno psíquico que se passa na cabeça do sujeito, no interior de seu pensamento – e, portanto, acessível diretamente ao sujeito, mas oculto a terceiros (VIVES ANTÓN, 2019, p. 107).

¹⁷ Professor Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência e ex-vice Presidente do Tribunal Constitucional da Espanha.

¹⁸ Professor de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

Todavia, não é o pensamento, enquanto processo incorpóreo, que dota de sentido a conduta: o significado só se torna possível pelo *uso*, que por sua vez pressupõe o compartilhamento (e o seguimento) de regras por uma comunidade de falantes. A linguagem é pública, visto que uma linguagem privada da mente não permitiria sua compreensão (VIVÉS ANTON, 2011, p. 118).

A intenção, portanto, não é um estado de ânimo do sujeito, uma realidade psicofísica, pois o seu sentido é dado pelo contexto, pela situação concreta, pela ação externa – e não pela introspecção. A linguagem humana está enraizada em sua forma de vida (*Lebenswelt*): não posso jogar um jogo que nunca joguei sem antes conhecer suas regras. VIVES ANTÓN (2011, p. 231) ilustra essa premissa de forma lúdica:

minha compreensão de uma partida de futebol depende de que conheça as regras do jogo e de que, por conseguinte, possa efetuar uma correta atribuição de intenções aos movimentos dos jogadores: se desconheço as regras, não sou capaz de inferi-las e ninguém me explica, não entenderei o jogo e não saberei, na realidade, o que está ocorrendo ali (nem sequer poderei prever o que tenta fazer um jogador que se encontra de posse da bola).

Especificamente no campo militar poderíamos tecer o seguinte exemplo: um soldado *sabe* que executar inúmeras continências seguidas para o seu superior diante de outros militares expressa o *sentido* de desacato¹⁹, de ultraje à disciplina, pois ainda que nunca tenha sido ele próprio vítima de semelhante desconsideração, já teve acesso a expressões e explicações públicas acerca do que é o desrespeito. Aprendeu, portanto, o uso da palavra “desrespeito” e, por conseguinte, o seu significado, em que pese eventualmente nunca o ter sentido. Se o referido tipo de ação fosse executado diante não só de militares, mas de um civil em visita ao quartel no “dia da bandeira”, poderia ocorrer de o *extraneus* não compreender a atitude do soldado como uma grave violação do dever militar, mas com uma inofensiva graça. Tal interpretação sucederia ao civil exatamente por não compartilhar o uso preciso da palavra “desrespeito” no dia-a-dia de uma organização militar e, por conta disso, o seu significado naquele contexto.

O sistema significativo de delito, admitindo que o fim das normas penais reside na proteção de bens jurídicos, propõe a normatização dos elementos do dolo: o *saber* (elemento cognitivo) é definido como domínio de técnicas, composto por conhecimentos que o sujeito previamente adquiriu, sua bagagem intelectual, e que lhe permitem a previsibilidade; o *querer*

¹⁹ CPM/1969: Art. 160. Desrespeitar superior diante de outro militar:
Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime *mais grave*.

(elemento volitivo), por sua vez, representa um compromisso com a violação do bem jurídico tutelado (PÉREZ, 2019, p. 47).

O saber, portanto, não se perfaz no teatro privado da mente, mas no meio do espaço público das interações sociais. É intersubjetivo, e não meramente subjetivo (de dentro para fora) ou exclusivamente objetivo (de fora para dentro). O mesmo se pode dizer do elemento volitivo do dolo: o “querer” tampouco designa um acontecimento psicológico, uma emoção, e sim o modo e maneira com que se realiza a ação (VIVÉS ANTON, 2011, p. 124).

A demonstração do dolo como realidade psicológica é absolutamente impossível – não apenas por uma *impossibilidade física* de acesso empírico ao conteúdo da intenção subjetiva, mas sobretudo pela *impossibilidade filosófica* de uma verdade como correspondência (“verdade real”) no processo penal. Nesse sentido, anota BUSATO (2018b, p. 37) que um dos erros fundamentais do finalismo:

é a pretensão de afirmação de elementos subjetivos de cunho interno, sob forma ontológica. Isso claramente não é possível no processo de atribuição de responsabilidade. Os móveis ontológicos não são acessíveis ao sistema de imputação e não fazem parte da teoria do delito. Todos os aspectos de desvalor de conduta de caráter subjetivo não são mais do que atribuições axiológicas derivadas da transmissão de sentido das circunstâncias do caso concreto.

A pergunta a ser feita, alerta HASSEMER (1990, p. 914), não é mais “o que é” o dolo (em termos ontológicos), mas “por que” se castigam mais gravemente os crimes considerados dolosos quando comparados aos imprudentes (em termos axiológicos). E esse juízo de aferição do tipo de ação depende da análise circunstancial, de “critérios externos” ou “indicadores externos”, como demonstra BUSATO (2018b, p. 58):

[É do exame] da arma empregada para o homicídio, do local, da distância entre autor e vítima, da sede e natureza da agressão perpetrada, dos recursos disponíveis para levar a cabo o objetivo morte e todas as demais variáveis que, de algum modo, demonstrem as opções de conduta disponíveis para o réu. É justamente essa transmissão de sentido que define se o dolo efetivamente era, no caso concreto, um dolo de homicídio. Ou seja, a diferença entre a tentativa de homicídio e a lesão corporal residirá na expressão de sentido capturável através dos indicadores objetivos do dolo. Só ali é possível verificar se há *animus necandi* ou *animus laedendi*.

Ante esse quadro, não há fundamento para uma distinção ontológica entre dolo direto e dolo eventual, ou entre imprudência consciente e imprudência inconsciente: se todas são instâncias normativas de imputação (e não processos psicológicos), a diferença entre um e outro é apenas quantitativa (de grau), e não qualitativa (de essência). No dolo direto há uma maior intensidade do compromisso com a vulneração do bem jurídico em comparação com o dolo eventual. Do mesmo modo, é também quantitativa a diferença que se pode delimitar entre classes

de culpa: em vez de se recorrer à clássica distinção entre “culpa consciente” (com previsão) e “culpa inconsciente” (sem previsão), para o modelo, significativa a diferença é resolvida em termos de “imprudência grave” ou “imprudência leve”, respectivamente (BUSATO, 2018a, p. 421).

Essa interpretação é inclusive corroborada pelo novo anteprojeto de Código Penal (PLS 236/2012), cujo critério de diferenciação entre dolo direto e dolo eventual é estritamente quantitativo (medida da pena), a expressar maior ou menor compromisso com a produção do resultado. Na proposta original de René Dotti²⁰ incidiria uma causa de diminuição (entre um sexto e um terço) de natureza cogente para o dolo eventual, mas na redação final do projeto²¹ o patamar foi alterado (até um sexto) e se tornou de caráter facultativo.

Por derradeiro, cabe arrematar que a ação intencional não é um movimento corporal precedido de um determinado conteúdo psicológico, pois os movimentos corporais não constituem ação por si só, na medida em que dependem de regras para serem interpretados (VIVES ANTÓN, 2011, p. 235).

Veja-se a situação do oficial que apaga o cigarro na mão de um soldado, perante tropa formada, a mero título de exemplificar sobre proibição de se fumar quando em formatura²²: a conduta levada a efeito pelo superior ganha o *status* de ação após ser interpretada a partir de regras (os tipos de ação “ofensa aviltante a inferior”²³ e “lesão corporal leve”²⁴) previstas no estatuto repressivo militar em cotejo com as práticas sociais da caserna. Nem sequer se poderia aludir a uma ação antes da interpretação, pois esta que lhe confere sentido.

Indaga-se: é o sistema significativo compatível com a teoria do crime militar? GALVÃO (2018, p. 175-176) responde assertivamente:

É necessário, pois, superar a racionalidade cognitiva da filosofia da consciência, que se desenvolve por meio da relação que se estabelece entre um sujeito observador (operador do direito) e um objeto da realidade natural (conduta) com a perspectiva oferecida pela filosofia da linguagem, segundo a qual a normatividade é produzida por meio de uma relação que se estabelece entre pessoas livres e iguais sobre as suas pretensões de validade.

²⁰ “A pena será reduzida de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) quando o fato for praticado com dolo eventual”. Cf. HUNGRIA; DOTTI. *Ob. cit.*, p. 541.

²¹ PLS 236/2012: Art. 20. O juiz, considerando as circunstâncias, poderá reduzir a pena até um sexto, quando o fato for praticado com dolo eventual.

²² STM (Pleno) - Apelação 1999.01.048134-6 - BA - Rel.: Carlos Eduardo Cezar de Andrade - J. em 11/02/1999 - DJ 02/06/1999.

²³ CPM/1969: Art. 176. Ofender inferior, mediante ato de violência que, por natureza ou pelo meio empregado, se considere aviltante: Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo anterior.

²⁴ CPM/1969: Art. 209. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.

6 CONCLUSÃO

Em conclusão: não há nada escondido por detrás da linguagem: o que há está à nossa vista (WITTGENSTEIN, 2002, §435). Como explicar que um terceiro conheça minhas verdadeiras intenções melhor do eu mesmo? Porque ele já conhece meus hábitos, minhas práticas sociais reiteradas! Logo, descabe falar de intenção antes que essa interpretação do movimento corporal suceda, tampouco sustentar que toda ação é intencional (como queria o finalismo), em razão da *exterioridade* das regras de interpretação (que estão inscritas no seio da comunidade, e não aprisionadas na cabeça de um sujeito solipsista). A intenção, pois, habita a própria ação – e não a mente do sujeito.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano. *Hierarquia e disciplina como garantias individuais e para a sociedade: fundamento para afastar a extinção da parte geral do Código Penal Militar. Uma análise das diferenças mais relevantes e essenciais*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3446, 7 dez. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23179>. Acesso em: 2 abr. 2020.

ANDRADE, Mauro. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2013.

ASSIS, Jorge César. *Comentários ao Código Penal Militar: parte geral*. Curitiba: Juruá, 2018.

BRANDÃO, Cláudio. *Teorias da Conduta no Direito Penal*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 37, n.148, p. 89-95, 2000.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2018a.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Especial*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2018b.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

CRUZ, Ione de Souza e MIGUEL, Claudio Amin. *Elementos de Direito Penal Militar: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DAL RI JR., Arno; GOUVEIA, Kristal Moreira. *A Função da “Personalidade do Estado” na Elaboração Penal do Fascismo Italiano: laesae maiestas e tecnicismo-jurídico no Código Rocco (1930)*. Sequência (Florianópolis). 2019, n.81.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal militar: teoria do crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUARAGNI, Fábio. *O Direito Penal na Sociedade de Risco: Teorias de Imputação Objetiva*. Revista do Ministério Público (Rio Grande do Sul), v. 75, p. 35-49, 2014.

HASSEMER, Winfried. *Los elementos característicos del dolo*. Trad. de María del Mar Díaz Pita. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.

HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: LMJ, 2016.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C Editores, 1899.

MACHADO, Alcântara. *O projeto do código criminal perante a crítica*. In: Revista Forense. v. LXXX, Ano XXXVI. Rio de Janeiro: Papelaria Record LTDA, 1939.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *O conceito significativo de dolo: um conceito volitivo normativo*. In: *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. Florianópolis: Tirant lo banch, 2019. p. 105.

POZZO, Carlos Umberto del. *O projeto de código criminal brasileiro: a caminho do positivismo criminológico*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 35, n. 3, 1940.

REALE JR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RYLE, Gilbert. *El concepto de lo mental*. Barcelona: Paidós, 2005.

SONTAG, Ricardo. “Código criminológico?” *Os projetos de código penal brasileiro Virgílio de Sá Pereira (1927-1937) e os modelos codificatórios italianos*. In: Antonio Carlos Wolkmer; Ricardo Marcelo Fonseca; Gustavo Silveira Siqueira. (Org.). *História do Direito CONPEDI/UFSC*. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014, v., p. 184-204.

TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito*. São Paulo: RT, 1980.

VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant, 2008.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant, 2011.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Reexame do dolo*. In: *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. Florianópolis: Tirant lo banch, 2019.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad. Bustos Ramírez e S. Yañez Peres. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Rio de Janeiro: BdeF, 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. Trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Barcelona: Editorial Crítica, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. v.1*. São Paulo: RT, 2011.

**Artigos publicados em outros sites, livros
e revistas jurídicas**

A extinção da prisão aos militares estaduais (Lei federal n.º 13.967, de 26-12-2019): a impossibilidade e a flagrante inconstitucionalidade formal e material

Roberto Botelho

Tenente-Coronel na Reserva da Polícia Militar do Estado de São Paulo - PMESP; Advogado inscrito na Seccional de São Paulo; Mestre e Doutor em Direito do Estado - sub-ramo: Direito Constitucional -, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP; Professor nos Cursos de pós-graduação lato sensu na Escola Paulista de Direito - EPD -, e na Faculdade Autônoma de Direito - FADISP -, que integra o Centro de Ensino Nossa Senhora de Fátima - CENSFA -, pertencente ao Grupo José Alves - GJA -, ambas localizadas na Cidade de São Paulo/SP, e Professor em Cursos de Especialização em Administração Pública no Instituto Brasil de Inteligência em Administração Pública - IBRAP -, localizado na Cidade de Ribeirão Preto/SP; autor de trabalhos publicados e, presentemente, para a obtenção do Título de Livre-Docente, desenvolve Tese com o tema “A intervenção da autoridade de polícia administrativa no contexto do estado democrático de direito, com os seus reflexos na ordem econômica, em face do princípio da reprovabilidade social”, que será apresentada e defendida perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

Artigo publicado em 29 de janeiro de 2020 pelo Observatório da Justiça Militar Estadual

Pois bem. Pela oportunidade, nós iremos desenvolver o assunto, que está inserido no título deste artigo, respeitando e apresentando, logicamente, as minhas mais sinceras homenagens a todos os demais Cultores e Cientistas do Direito, que, de repente, se posicionem de forma diversa.

No entanto, registre-se que nós bem sabemos ser um assunto extremamente palpitante e de fôlego, haja vista que, n'um primeiro momento, sói se tem um frio e curto texto d'uma novel lei federal ordinária - a Lei federal n.º 13.967, de 26-12-2019 -, d'entre alguns outros comentários, que, em princípio, não atenderam aos critérios mínimos hermenêuticos, pois que não fizeram uma análise circunstanciada e, nem mesmo, os efeitos nefastos de sua integral execução.

Nada obstante, foi a norma federal retrorreferida que introduziu sérias modificações n'outra lei, também federal - o Decreto-Lei federal n.º 667, de 2-7-1969 -, e que desaguou, por consequência, nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares estaduais e distrital; sem dúvidas, estremecendo e colocando sob questão as suas bases sólidas de sustentação, ou seja, a hierarquia e a disciplina, que são muito mais evidentes e presentes nas Instituições Militares brasileiras.

É fato incontestante que a lei federal ordinária, sancionada pelo nosso Presidente da República, tratou de extinguir, sumariamente, a possibilidade de a Administração Pública militar, mesmo após ter observado e cumprido todos os princípios constitucionais, infraconstitucionais e doutrinários, especialmente o do contraditório e o da ampla defesa, poder materializar a aplicação d'uma das sanções administrativo-disciplinares, que já estavam devidamente plasmadas em seus Regulamentos Disciplinares.

Ademais, eis que ela ainda insere a necessidade de criação d'um Código de Ética e Disciplina, que nada mais é do que os seus próprios Regulamentos Disciplinares; d'um tal Conselho de Ética e Disciplina Militar, que poderão ser entendidos como sendo as próprias Comissões Processantes: a Permanente e a Especial, além de prever uma exemplificação de princípios, que deverão ser os observados, tudo como se já não houvesse legislações estaduais e distritais específicas, que cuidam de regular todos os assuntos por ela articulados.

Insere, não menos, a vedação da possibilidade de imposição de medidas que privem ou restrinjam a liberdade dos Militares Estaduais e/ou Distritais.

Ainda não contente, em que pese ela ter entrado em vigor na data de sua publicação, eis que o legislador infraconstitucional fixa um prazo para a sua regulamentação e a sua implementação, que, na forma prescrita pelo caput, do seu art. 3º, estará ao cargo dos respectivos

Estados-Membros e do próprio Distrito Federal, cremos que, por intermédio de decreto regulamentar, na pessoa de seus respectivos Governadores.

Sabemos que o decreto regulamentar é um ato administrativo, que Maria Sylvia Zanella di Pietro, em seu *Direito Administrativo*, 11^a ed., São Paulo: Atlas, 1999, pp. 214-215, o define como sendo:

“... a forma de que se revestem os atos individuais ou gerais, emanados do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito). Ele pode conter, da mesma forma que a lei, regras gerais e abstratas que se dirigem a todas as pessoas que se encontram na mesma situação (decreto geral) ou pode dirigir-se a pessoa ou grupo de pessoas determinadas. Neste caso, ele constitui decreto de efeito concreto (decreto individual). É o caso de um decreto de desapropriação, de nomeação, de demissão.

Mas, n’um primeiro momento, nós ainda chamamos a atenção de todos os envolvidos com os comportamentos que foram os criados, e que, mesmo de forma meteórica, já estão acima expostos, tendo em vista que a infeliz lei federal ordinária invadiu a competência dos retrorreferidos Estados-Membros e do Distrito Federal, vedando a possibilidade deles se auto-organizarem, indo, por consequência, de encontro ao que está plasmado pelo nosso atual Ordenamento Jurídico constitucional, conforme ainda será exposto, mais à frente.

Portanto, tendo em vista o comportamento que fora o adotado, no que diz respeito à sanção da dita lei federal ordinária que está sob comento, seguramente afirmamos que houve a materialização do rompimento do pacto federativo, este que, doutrinariamente, é reconhecido como sendo o acordo constitucional, administrativo e político, firmado entre os Entes-Federados, e que determina o respeito à autonomia dos mesmos, além de delimitar, constitucionalmente, os campos de atuação, estabelecendo ainda as suas prerrogativas, os seus recursos e as suas responsabilidades para com o cumprimento das funções de Estado, especialmente no que se refere à busca e o atingimento do interesse público federal, estadual, distrital e municipal.

Registre-se, por conseguinte, e como será demonstrado neste artigo, que se não tivesse ocorrido o flagrante vício de inconstitucionalidade, por conta de alteração de cláusula pétrea, por intermédio d’uma mera lei ordinária, tendo em vista que há uma vedação constitucional, ainda ocorreu, sim, uma severa subversão de competência, pois que toda matéria relacionada ao sub-ramo do Direito Administrativo, logicamente que respeitando e atendendo a previsão e a força constitucional, estará sempre distribuída aos Entes-Federados - aos Estados-Membros, ao Distrito Federal e aos Municípios -; portanto, não cabe à União se arvorar e cuidar de legislar sobre estas questões, pois que se tratam, ou seja, dizem respeito mesmo às especificidades regionais.

Sendo assim, este nosso artigo terá a finalidade de discutir e de oferecer seguro aporte e substrato a todos aqueles que se interessem pelo assunto e, especialmente, aos verdadeiros Cultores e Cientistas do Direito, quando estes estiverem tratando de assuntos que possam repercutir e envolver os integrantes das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares do Brasil.

Inclusive, há de se destacar que, quando se tratar de assunto que coloque sob questão o Estado Democrático de Direito, bem como a sua aplicação, ou não, do que está inserto n'uma determinada lei federal ordinária, como é o caso sub análise, eis que ela deverá ser efetivamente espancada e, ato contínuo, fulminada de nosso Ordenamento Jurídico.

Registre-se, também, que este nosso artigo será constitucional, científico e doutrinário.

De qualquer molde, há de se pontuar e registrar que o Brasil possui uma estrutura e uma roupagem d'um Estado federal, e quando se trata de repartição de competência legislativa, todo o Ordenamento Jurídico pátrio, que regular e disser respeito aos Entes-Federados, terá sempre de estar compatibilizado com o que já estiver plasmado na Constituição da República Federativa do Brasil, de 5-10-1988, e, não menos, em suas possíveis alterações, especialmente quando eles estiverem envolvendo os seus fundamentos principiológicos.

Portanto, vamos nós ao desenvolvimento do artigo ora proposto.

Aqui, necessariamente, já há de ser inserido os dispositivos que estão na CRFB-1988, bem como em suas possíveis alterações constitucionais.

Em sendo assim, nós já começaremos pelo caput, do art. 5º, e seu inc. LXI, ambos da CRFB:

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:

...

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

Por este atual comando constitucional, vê-se que está devidamente excepcionada, e inserida, a possibilidade de prisão nos casos de transgressão militar, que é exatamente a que nos interessará neste nosso artigo.

Nada obstante, e como a nossa atual CRFB é, ao mesmo tempo, rígida e super-rígida, pois que, independentemente dela poder ser modificada por intermédio d'um processo legislativo específico, ou seja, por tramitação de Emendas Constitucionais, nela nós ainda temos e encontramos certas e específicas situações, que são realmente imutáveis, e que são as

doutrinariamente reconhecidas como sendo cláusulas pétreas, que, inclusive, estão previstas pelo caput, do art. 60, § 4º, e incs., todos da mesma CRFB.

No presente momento nos interessa, para o fiel desenvolvimento deste artigo, apenas o inserto no § 4º, e no seu inc. IV, do art. 60, ambos da CRFB:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

...

IV - os direitos e garantias individuais.

Neste sentido, e reforçando o nosso entendimento, é André Ramos Tavares, em seu Curso de direito constitucional, 2ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 68-69, quem expõe, e afirma que:

Rigorosamente falando, a Constituição brasileira de 1988 seria exemplo de Constituição super-rígida e rígida, concomitantemente. A ‘super-rigidez’ caracteriza-se pela pretensão de eternidade, pela impossibilidade de alteração. A norma constitucional super-rígida é imutável, perene. A ‘super-rigidez’, contudo, pode ser absoluta (super-rigidez verdadeira) ou temporária (falsa super-rigidez). Exemplo desta última foi a Constituição de 1824, que em seu art. 174 determinou: ‘Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brasil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles’. Sendo a Constituição brasileira rígida, cresce a importância da hermenêutica, já que todas as demais normas jurídicas devem respeito ao disposto nas normas constitucionais (e, portanto, deve-se compreender o que estas determinam). Por isso, no confronto da norma constitucional com as demais espécies normativas, sempre prevalece a norma constitucional. Não prevalece aqui o princípio de que a lei posterior revoga a lei anterior (estatuído, entre nós, pela Lei de Introdução ao Código Civil, que é, nas palavras de MARIA HELENA DINIZ, uma Lei de Introdução às Leis, ou seja, Direito sobre Direito, um conjunto de regras de superdireito). Pelo contrário, lei posterior em confronto com a Constituição será eliminada do ordenamento, pelo vício supremo da inconstitucionalidade.

Ora, veja que foi o próprio legislador constituinte quem decidiu inserir, na atual CRFB, como sendo uma cláusula pétrea, “os direitos e garantias individuais”; portanto, eles são considerados insuscetíveis de Emenda Constitucional.

Destarte, eis que está aqui a demonstração da primeira inconstitucionalidade, tendo em vista que uma lei ordinária, *in thesis*, de abrangência nacional, vem e ingressa no Ordenamento

Jurídico, com o condão de realizar modificações em clausula pétrea, o que realmente é impossível; é, sem dúvida, uma lei federal ordinária inconstitucional.

De qualquer molde, ainda nós teremos de trazer o caput, do art. 22, e o inc. XXI, ambos da CRFB, na forma da redação introduzida pela Emenda Constitucional n.º 103, de 12-11-2019:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

...

XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação, mobilização, inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares;.

Ora, está deveras cristalino o comando constitucional, ou seja, é privativa a competência da União para legislar sobre normas gerais, não havendo, em princípio e grosso modo, qualquer possibilidade d'outros Entes-Federados tracejarem as preditas normas gerais.

Contudo, nós registramos que poderá até ser que haja algum entendimento diverso, no que diga respeito e se refira a serem ou não normas gerais.

No entanto, nós bem entendemos que as normas gerais sempre terão de apresentar um conteúdo mínimo, a fim de que a União, n'um ou n'outro caso específico, como está efetivamente ocorrendo com a predita lei federal ordinária, e que é o objeto de estudo neste nosso artigo, não invada as competências que estejam reservadas aos demais Entes-Federados, ou seja, aos Estados-Membros, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Aproveitando da oportunidade, nós trazemos e apresentamos os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu artigo O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro, que está no Interesse Público - IP, Belo Horizonte, ano 13, n.º 66, mar./abr. de 2011, tendo em vista que ele discorre, ainda com clara precisão, que:

Ninguém duvida que são normas gerais as que estabelecem diretrizes, que firmam princípios, que modelam apenas o suficiente para identificar a tipicidade de um instituto jurídico ou de um objeto legislado, conferindo-lhe um tratamento apenas delineador da compostura de seu regime, sem entrar em particularidades, minúcias ou especificações peculiarizadoras. Deveras, tanto é claro que a mera fixação de um perfil normativo lato responde a uma norma geral quanto é claro que qualquer especialização regulatória incluída de situações particulares em princípio refoge ao caráter de norma geral. A consideração casuística, o tratamento individualizador, a nomeação personalizadora, constituem-se na antítese da norma geral.

Para podermos firmar o entendimento, e esclarecer os possíveis questionamentos, nós já afiançamos que, dentro das competências constitucionais da União, estarão sempre presentes as competências legislativas exclusivas e, também, as competências legislativas privativas.

As primeiras - as competências legislativas exclusivas -, que estão previstas no art. 21, incs. e alíneas, todos da CRFB, não poderão, de molde algum, ser delegadas, ou seja, são elas todas realmente indelegáveis.

Já as segundas - as competências legislativas privativas -, que estão contempladas no art. 22, incs. e parágrafo único, todos da CRFB, poderão ser delegadas aos Estados-Membros, desde que haja autorização legislativa específica, e que a predita autorização se concretize, ou seja, se materialize por intermédio d'uma lei complementar.

Continuando, é José Afonso da Silva, em seu Curso de direito constitucional positivo, 22^a ed., rev., e atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 477, quem nos ensina que:

A nossa Constituição adota esse sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art. 25, § 1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30), mas combina, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se prevêem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar.

Ressalte-se que, caso contrário, o exercício desta competência, pelos Estados-Membros, será mesmo declarada inconstitucional.

Prosseguindo, e para oferecer uma estrutura didático-legal ao nosso artigo, há de ser inserido, também, o caput, do art. 42, e seu § 1º, ambos da CRFB, com as redações oferecidas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 18, de 5-2-1998 e 20, de 15-12-1998, respectivamente:

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.

§ 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.

Vê-se que o legislador constitucional derivado, quando da alteração do retrorreferido § 1º, do art. 42, da CRFB, já deixou muito bem clara a competência para o exercício da atividade legislativa, inclusive, com extrema tranquilidade, que até nos salta aos olhos, tendo em vista que

cabará à legislação estadual cuidar de tracejar os ditos comandos, especialmente no que disser respeito ao previsto pelo inc. X, do § 3º, do art. 142, da CRFB, ele que fora incluído por intermédio da Emenda Constitucional n.º 18, de 5-2-1998:

..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, 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.

Ora, nós bem sabemos que o Decreto-Lei federal n.º 667, de 2-7-1969, que “Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Território e do Distrito Federal, e dá outras providências”, foi e está devidamente recepcionado pela nossa CRFB/1988, e recebeu, presentemente, o status d’uma lei complementar, posto tratar sobre a competência, a estrutura e a organização, a instrução e o armamento, a justiça e a disciplina, os direitos e as obrigações dos integrantes das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares estaduais e distrital.

No entanto, nós ainda temos de afirmar, diga-se que, de forma categórica, mesmo que neste brevíssimo artigo, que a redação conferida pela Lei federal n.º 13.967, de 26-12-2019, que “Altera o art. 18 do Decreto-Lei n.º 667, de 2 de julho de 1969, para extinguir a pena de prisão disciplinar para as polícias militares e os corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, e dá outras providências”, extrapolou, e muito, em todos os seus possíveis limites, ou seja, d’uma determinada norma geral.

Ela invade, sem quaisquer composturas, certas e específicas nuances, afastando, assim, toda e qualquer espécime de possibilidade de cada uma das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares estaduais e distrital se auto-organizar, logicamente que por intermédio de suas competentes legislações estaduais e distrital.

Vejam que, conforme está inserido no aporte deste artigo e, em especial, pelo disposto no caput, do art. 18, e seu inc. VII, do alterado Decreto-Lei federal n.º 667, de 2-7-1969, ainda terá de ser criado, também, um certo Código de Ética e Disciplina, e um tal Conselho de Ética e Disciplina Militar, sendo certo que ainda está vedada qualquer possibilidade de imposição de sanções administrativo-disciplinares, que tenham e/ou que possuam a característica de ser ou de ter a privação e/ou a restrição de liberdade.

É fato que nós acompanhamos a tramitação, e sabemos que a novel lei federal ordinária, por si só, que altera o Decreto-Lei federal n.º 667, de 2-7-1969, teve origem no Projeto de Lei n.º 7.645, apresentado em 3-6-2014, sendo de iniciativa dos deputados federais Subtenente

Gonzaga, do PDT/MG, e Jorginho Mello, do PR/SC, e que foi transformado no Projeto de Lei da Câmara n.º 148, em 1º-10-2015.

Também há de se registrar que, desde o início, a proposta já visava a extinção de sanções administrativo-disciplinares, ou seja, de penalidades que resultassem em privação e/ou em restrição de liberdade.

Aqui, e apenas para facilitar a consulta, nós cuidaremos de inserir o texto legal, que está sob comento:

Art. 1º Esta Lei altera o Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969, que reorganiza as polícias militares e os corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal.

Art. 2º O art. 18 do Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 18. As polícias militares e os corpos de bombeiros militares serão regidos por Código de Ética e Disciplina, aprovado por lei estadual ou federal para o Distrito Federal, específica, que tem por finalidade definir, especificar e classificar as transgressões disciplinares e estabelecer normas relativas a sanções disciplinares, conceitos, recursos, recompensas, bem como regulamentar o processo administrativo disciplinar e o funcionamento do Conselho de Ética e Disciplina Militares, observados, dentre outros, os seguintes princípios:

I - dignidade da pessoa humana;

II - legalidade;

III - presunção de inocência;

IV - devido processo legal;

V - contraditório e ampla defesa;

VI - razoabilidade e proporcionalidade;

VII - vedação de medida privativa e restritiva de liberdade'.

Art. 3º Os Estados e o Distrito Federal têm o prazo de doze meses para regulamentar e implementar esta Lei.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Aproveitando o desenvolvimento do assunto e, ainda, dentro do que vamos discorrer, nós buscamos Friedrich Carl von Savigny, conceituado jurista alemão do século XIX, pois que foi ele quem cuidou de estabelecer um sistema interpretativo, sendo certo que deles, aqui e pela oportunidade, há de ser trazer à colação o método teleológico ou finalista, tendo em vista ser ele mesmo quem está diretamente envolvido da busca da finalidade específica da norma, superando-se, por consequência, a realidade escrita da norma, baseando-se por certos e específicos princípios.

Sendo assim, e fixando-se n'uma análise teleológica ou finalista, sói se poderá concluir, pelo que foi nela inserido, que está presente uma tremenda carga pessoal e, notadamente, com o mais expressivo e rigoroso viés político-eleicoeiro, que não poderá e nem mesmo deverá

prosperar, sob pena de causar gravames irreversíveis para as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares estaduais e distrital.

Além disso tudo, ainda é o caput, do art. 142, e seu § 2º, ambos da CRFB, que assim dispõem:

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.

...

§ 2º Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares.

Ainda aqui, vê-se que há extrema clareza no inserido § 2º, do art. 142, da CRFB, devendo ser destacado que o retro inserido dispositivo constitucional cuidou de suprir, no caso dos Militares Federais, Estaduais e Distritais, a omissão presente e que havida no inc. LXVIII, do art. 5º, da CRFB:

conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Temos de destacar que o objetivo central deste nosso artigo é sempre a garantia absoluta de respeito a hierarquia e a disciplina, pois que são eles institutos e valores reconhecidamente inafastáveis das Organizações Militares, federais, estaduais e distritais.

Registre-se, também pela oportunidade, o disposto pelo caput, do art. 144, inc. V, e §§ 5º e 6º, todos da CRFB, com todas as alterações que foram as introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 104, de 4-12-2019:

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:

...

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

...

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

...

§ 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.

Nada obstante, e com a extinção sumária da possibilidade de aplicação das sanções administrativo-disciplinares, que possuíam a finalidade de privar ou de restringir a liberdade de seus integrantes e, ainda, com a extinção dos atuais Regulamentos Disciplinares, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares estaduais e distrital, inexoravelmente já podemos afirmar que estão sendo criadas 2 (duas) categorias distintas de Militares, ou seja, nós teremos os Militares Federais e os Militares Estaduais/Distritais, o que vai mesmo de encontro ao previsto na CRFB/1988.

Note-se que os Militares Federais e os Militares Estaduais/Distritais estão sob o mesmo regime disciplinar; no entanto, para as Forças Armadas vigem as penas privativas e restritivas de liberdade e, também, os seus Regulamentos Disciplinares; mas para as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares estaduais/distrital, elas já foram e estão extintas, ou seja, não há mais qualquer possibilidade de ocorrer as suas aplicações, além de ter sido criado, conforme inserido algures, um denominado Código de Ética e Disciplina, além d'um tal Conselho de Ética e Disciplina Militar.

Nós temos o conhecimento de que, no Estado de Minas Gerais, já está criado o malfadado Código.

Ora, nós ainda cuidamos de indicar o tracejado pelo § 6º, do art. 144, da CRFB, posto ser ele mesmo quem nos resolve a questão, ou seja, é ele quem impõe a real impossibilidade de sobrevida da predita lei federal ordinária, tendo em vista fixar, tranquilamente e com todas as letras, que as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares estaduais/distrital são forças auxiliares e reserva do Exército e, ainda, que eles se subordinam aos seus respectivos Governadores dos Estados, e do Distrito Federal.

Portanto, aqui está a segunda inconstitucionalidade, tendo em vista que uma lei federal ordinária, in thesis nacional, já ingressou no Ordenamento Jurídico, contrariando o princípio da legalidade, e materializou as mais sérias modificações em institutos que são de competência dos Estados-Membros e do Distrito Federal, o que realmente é impossível, pois que ela somente poderia, se fosse o caso, cuidar de tracejar as normas gerais, e não as normas específico-procedimentais.

Aqui, e sobre o princípio da legalidade, trazemos Diogenes Gasparini, que, em seu Direito administrativo, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8, assim o conceitua:

O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se a anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular.

Também sobre o princípio da legalidade, ainda é Hely Lopes Meirelles, em seu Direito administrativo brasileiro, 36ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 89, quem o conceitua do seguinte molde:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

De qualquer molde, e conforme já apontamos, eis que estão presentes os mais nítidos vícios de inconstitucionalidade na Lei federal n.º 13.967, de 26-12-2019, sendo certo que os seus destinatários finais são mesmo os Estados-Membros e o Distrito Federal.

Entretanto, ainda é a própria CRFB/1988 quem colaciona as autoridades que poderão propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, na forma do caput, do art. 103, inc. V, ambos da CRFB, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 8-12-2004:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

...

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

A Ação Direta de Inconstitucionalidade tem por finalidade específica fazer com que o Supremo Tribunal Federal declare que uma determinada lei, ou até mesmo parte dela, é inconstitucional, ou seja, que ela está em desconformidade com a própria Constituição, aqui, com a nossa CRFB.

No caso específico, e que está sub exame, ou seja, com referência a flagrante inconstitucionalidade da Lei federal n.º 13.967, de 26-12-2019, que além de modificar cláusula pétrea, ainda desceu a detalhes específico-procedimentais, deixando de lado a possibilidade constitucional de tracejar comandos, apenas e tão somente, sobre as normas gerais e, portanto, invadindo as competências d'outros Entes-Federados - dos Estados-Membros e do Distrito Federal -; por consequência, vemos que terá de ser utilizado o controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, deverá ser atacada, diretamente, o próprio texto integral da lei federal ordinária.

Deverá ser buscada, também, a imediata suspensão de sua aplicação, pois que os gravames de sua plena execução serão realmente desastrosos para as Polícias Militares e os

Corpos de Bombeiros Militares estaduais/distrital, causando o comprometimento de suas vigas mestras de sustentação, ou seja, a hierarquia e a disciplina, conforme já tratamos alhures.

Ademais, ainda que pela oportunidade, há de se trazer Jorge Miranda, que em seu Manual de direito constitucional, Coimbra: Coimbra Ed., 2001, pp. 273-274, sempre com extrema precisão, discorre sobre a constitucionalidade e sobre a inconstitucionalidade, asseverando que elas sempre estarão atreladas aos conceitos de relação, do seguinte molde:

... a relação que se estabelece entre uma coisa - a Constituição - e outra coisa - um comportamento - que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido.

É de se afirmar, também pela oportunidade, que a ideia de conformidade ou desconformidade é realmente incompleta.

Mas nós ainda destacamos que a constitucionalidade poderá não estar ligada, apenas e tão somente, aos critérios materiais, ou seja, se ela está ou não em conflito com determinados artigos da Constituição; mas, ainda aos critérios formais, ou seja, se uma determinada norma foi ou não editada por autoridade competente, e respeitando o que a própria Constituição determina, o que é o caso sub exame, em nosso artigo.

Para Paulo Bonavides, em seu Curso de direito constitucional, 13^a ed., rev., e atual., São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 297-299, os controles formais e os controles materiais serão, respectivamente:

O controle formal é, por excelência, um controle estritamente jurídico. Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as lei foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formalidades estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como sói acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado.

...

O controle material de constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de politicidade de que se reveste, pois incide sobre o conteúdo da norma. Desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais.

Realmente a lei federal ordinária está eivada de nulidade, posto a sua inconstitucionalidade formal e material e, portanto, terá de ser fulminada, diga-se que, imediatamente, e por decisão que venha do Supremo Tribunal Federal.

Mas, ainda continuando, nós também nos permitimos em chamar a cátedra de Celso Seixas Ribeiro Bastos, pois que, em seu Curso de direito constitucional, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 51, ele expõe que: “... o controle de constitucionalidade das leis consiste no exame da adequação das mesmas à Constituição, tanto de um ponto de vista formal quanto material”.

Por fim, neste nosso meteórico artigo, eis que ainda nos vem Alexandre de Moraes, com o seu Direito constitucional, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 559, e faz a apresentação do seguinte entendimento sobre a questão sub exame: “... controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.

Apenas para cuidar de facilitar a consulta e robustecer o nosso artigo, há de ser ainda inserido o caput, do art. 102, inc. I, e alínea “a”, todos de nossa CRFB, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional n.º 3, de 17-3-1993, tendo em vista ser exatamente aqui que encontra assento a Ação Direta de Inconstitucionalidade:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Como não poderia deixar de fazê-lo, ainda há de ser citada a Lei federal n.º 9.868, de 10-11-1999, pois, em sua ementa, está expressa que é ela mesma quem “Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Ademais, também a título de registro, nós apontamos que são os arts. 169 ao 178, do atual Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que regem a tramitação da declaração de inconstitucionalidade de lei.

Por todo o exposto, nós cremos que tenha ficado claro o desenvolvimento do tema, que foi o proposto no aporte deste artigo.

De qualquer molde, nós ainda bem sabemos que é necessária a imediata arguição de inconstitucionalidade da Lei federal n.º 13.967, de 26-12-2019, e que ela estará ao cargo, n'um primeiro momento, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, tendo em vista as modificações que foram por ela introduzidas.

Está presente, e é premente as razões para ser proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade, buscando a paralização da aplicação dos termos da predita lei federal

ordinária, haja vista não se prender, apenas e tão somente, no excesso de exercício de competência para legislar sobre as questões regionais, pois que elas são mesmo dos Estados-Membros e do Distrito Federal, mas, também, sobre o fato dela, ao seu bel prazer, ter adentrado e modificado o que já está devidamente petrificado pela nossa CRFB, o que consideramos ser gravíssimo.

Houve, portanto, o comprometimento do Ordenamento Jurídico, por se tratar de cláusula pétrea e pela invasão de competência, sendo certo que, por consequência, não há qualquer possibilidade d'uma sobrevida da já retrorreferida lei federal ordinária, que é o objeto deste nosso artigo.

Sendo assim, nós efetivamente desenvolvemos ao que nos propusemos, e atendemos ao teor constitucional, científico e doutrinário do artigo.

E é exatamente como entendemos.

A prisão de militar em flagrante delito: a exceção à regra do artigo 223 do Código de Processo Penal Militar

Paulo Cunha

Oficial da PMBA. Bacharel em Direito. Pós graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal. Pós graduado em Direito Penal Militar e Processo Penal Militar.

Publicado em janeiro de 2018 pelo Jus.com

1 INTRODUÇÃO

O militarismo por sua natureza é regido por uma legislação específica, com características que lhe são peculiares e por princípios muito caros à manutenção das instituições militares.

A análise do tema proposto é de relevante importância, pois se trata de situação extremamente complicada e causadora de dúvidas entre os militares, principalmente para os militares estaduais, que, em alguns casos, deparam-se com superiores hierárquicos envolvidos em ocorrências policiais que culminam com a prisão do militar em flagrante.

Tal dúvida baseia-se no seguinte questionamento: é possível a prisão de um militar superior hierárquico, por outro militar de hierarquia inferior? Em outras palavras, um Soldado pode prender em flagrante delito um Coronel?

A resposta para a solução do problema apresentado não é tão simples como pode aparentar. A legislação especial, as características e os princípios peculiares ao militarismo, por vezes, levam-nos ao entendimento de que tal prisão não pode acontecer. Assim sendo, visa o

artigo esclarecer essa dúvida, sem, contudo, ser definitivo, senão incentivar o debate respeitando as teses divergentes.

De início, faz-se necessário um breve tópico sobre os pontos principais que movem o tema, a prisão em flagrante e o princípio da hierarquia e disciplina.

A doutrina brasileira classifica a prisão em flagrante como medida cautelar, apesar de alguns doutrinadores a considerarem como pré-cautelar. Flagrante significa o manifesto ou evidente e o ato que se pode observar no exato momento de sua ocorrência (NUCCI, 2014, pág. 283). É a modalidade de prisão cautelar ou pré-cautelar, de natureza administrativa realizada no momento em que o crime está sendo executado ou acabou de sê-lo.

Essa modalidade de prisão tem previsão constitucional no art. 5º, LXI, da Carta Política de 1988: 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. Cabível tanto para os crimes comuns como para os crimes militares.

A prisão em flagrante está justificada como medida excepcional, de necessidade e urgência, e tem como regra geral que qualquer pessoa pode ser presa em flagrante. Existem exceções, por exemplo, os detentores de imunidade absoluta como os diplomatas, o Presidente da República e os menores de dezoito anos.

No dizer de NUCCI (2014, pag. 283), o fundamento da prisão em flagrante é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar e provisória da prisão, a análise de um juiz de direito. Contudo, essa prisão deverá ser submetida ao crivo judicial no prazo máximo de 24 horas.

Essas breves considerações sobre a prisão em flagrante delito são importantes para entender sua existência e seus objetivos que não são diferentes no Código de Processo Penal Militar. Partindo dessa premissa, a incidência das características e princípios militares passam a influenciar a legislação especial que trata do tema, ou seja, o Decreto-Lei 1.002 de 21 de outubro de 1969, o Código de Processo Penal Militar – CPPM, que, conforme seu art. 6º, aplica-se aos militares federais e, também, aos militares estaduais.

2 HIERARQUIA E DISCIPLINA

De acordo com a Lei 6.680 de 9 de dezembro de 1980, Estatuto dos Militares, a hierarquia e a disciplina são a base institucional das forças armadas e, em consequência, das polícias militares e corpos de bombeiros militares dos estados.

A hierarquia é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da instituição militar, a ordenação se faz pelas graduações das praças e pelos postos dos oficiais. Dentro do mesmo posto e da mesma graduação prevalece a antiguidade. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

A disciplina, por sua vez, é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam os organismos militares, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

Assim a hierarquia e a disciplina são pacificamente reconhecidas como os pilares sustentadores das instituições militares, regendo todo seu funcionamento administrativo e operacional. A relevância desse princípio é tanta, que alguns chegam a tê-lo como absoluto e a legislação processual penal militar colabora com esse pensamento, ao dispor, no seu art. 223, o seguinte, *in verbis*:

Art. 223, CPPM - A prisão de militar deverá ser feita por outro militar de posto ou graduação superior, ou se igual, mais antigo.

Com base no citado artigo, a resposta ao problema apresentado seria negativa. Um Soldado não poderia prender um oficial superior. Isso considerando-se o princípio da hierarquia como absoluto. Nesse ponto inauguro a divergência, em que pesem as opiniões contrárias. Entendo que a prisão em flagrante delito é a exceção ao artigo 223, relativizando o princípio da hierarquia, permitindo não só a prisão, como também a condução e a presidência da lavratura do auto de prisão em flagrante por militar de posto inferior ao do flagranteado.

O Código de Processo Penal Militar, em seu título XIII, capítulo III, seção II, trata da prisão em flagrante. O art. 243, que inaugura a seção, determina as pessoas que efetuam a prisão em flagrante, *in verbis*: “Art. 243: Qualquer pessoa poderá e os militares deverão prender quem for insubmisso ou desertor, ou seja, encontrado em flagrante delito”.

Então, a Lei processual penal militar impõe um dever legal aos militares, prender quem seja encontrado em flagrante delito. Ao mencionar “militares”, não cita posto ou graduação assim como, da mesma forma, quando diz “quem for insubmisso ou desertor, ou seja, encontrado em flagrante delito”.

No dizer de NEVES (2014, pag. 575), a prisão de militar pelo art. 223, trata-se de previsão de aplicação relativa, valendo para os casos em que essa possibilidade exista. Por exemplo, o cumprimento de prisão de militar por mandado judicial. Por sua vez, NUCCI (2014, pag.267) nos informa que, por outro aspecto, não teria cabimento conferir ao militar uma imunidade não prevista em lei, impedindo sua prisão em flagrante, realizada por qualquer pessoa, inclusive militar inferior. Portanto, é perfeitamente possível e legal, a prisão em flagrante

delito de um Coronel realizada por um Soldado. E tal situação é pacífica tanto para crimes comuns, como para crimes militares.

A grande divergência inicia-se após o ato de prender. Ora, o preso em flagrante, necessariamente, deverá ser conduzido e apresentado à autoridade de polícia judiciária civil ou militar, conforme o caso concreto. Sendo a regra do art. 223 absoluta, a condução deverá ser feita por militar mais antigo ou superior ao preso. Nas palavras de NEVES (2014, pag.575), na prisão em flagrante delito, em que a detenção não poderá aguardar a chegada de alguém de grau hierárquico superior ou mais antigo, o mais moderno deverá efetuar a contenção do preso até que um superior ou mais antigo chegue ao local.

Em que pese o notável conhecimento jurídico militar do autor, data máxima vênia, ousou discordar. E se o superior ou mais antigo estiver a quilômetros de distância do local? E se a integridade física dos envolvidos estiver correndo risco? E se a demora na chegada do mais antigo ou superior causar prejuízo à necessidade e urgência da prisão em flagrante? Por esses e tantos outros motivos, é que a Lei processual penal militar, assim como a lei comum, faculta a qualquer do povo, inclusive a vítima do crime, a prender em flagrante, e aos militares impôs um dever. Seria deveras contraditório que, após autorizar a prisão, essa mesma lei não permitisse a condução do preso para oficializar a prisão perante autoridade competente, apenas por ser o condutor menos antigo ou inferior hierárquico do flagranteado. Para NUCCI (2014, pag. 288), condutor é a pessoa, autoridade ou não, que deu voz de prisão ao agente do fato criminoso. Mais uma vez, o princípio da hierarquia é relativizado pela necessidade e urgência da prisão em flagrante. Havendo a obrigatoriedade do condutor mais moderno aguardar no local pela chegada de um mais antigo ou superior, estaríamos diante de um engessamento da prisão em flagrante e não é isso que a lei processual quer que aconteça. Lógico, em locais onde seja possível a chegada com brevidade de um superior ou mais antigo, o bom senso nos leva a assim proceder, até como forma de respaldar a ação. Porém, não pode ser uma regra absoluta, pois casos haverá em que não será possível a presença do superior. Portanto, a meu ver, nada obsta que a condução seja realizada pelo autor da prisão, mesmo sendo menos antigo ou inferior hierárquico, a necessidade e urgência da prisão em flagrante relativiza o princípio da hierarquia.

3 LAVRATURA DO AUTO

Preso e conduzido o autor do delito, será lavrado auto de prisão em flagrante por autoridade competente, sendo o Delegado de polícia civil para os crimes comuns e os oficiais

com autoridade de polícia judiciária militar para os crimes militares. O CPPM no seu art. 245 assim determina, *in verbis*:

Art. 245: Apresentado o preso ao comandante ou ao oficial de dia, de serviço ou de quarto, ou autoridade correspondente, ou autoridade judiciária, será, por qualquer deles, ouvido o condutor e as testemunhas que o acompanharem, bem como inquirido o indiciado sobre a imputação que lhe é feita, e especialmente sobre o lugar e hora em que o fato aconteceu, lavrando-se de tudo auto, que será por todos assinado.

Nota-se que o art. 245 não especifica patentes na hierarquia militar como autoridades competentes para lavratura do auto de prisão em flagrante delito. O citado artigo elenca funções exercidas por oficiais cuja competência, entre outras, é de presidir a lavratura do auto. Tal disposição possui um objetivo, como veremos adiante. Alguns autores e militares entendem que o princípio da hierarquia deve ser aplicado, também, na lavratura do auto. Em outras palavras, seria obrigatório que o presidente do auto de prisão em flagrante delito seja mais antigo ou superior ao flagranteado. Nesse sentido diz NEVES (2014, pag. 575) que o registro da prisão, pelo auto de prisão em flagrante delito, deverá obedecer estritamente a essa regra de respeito à hierarquia.

Ao meu sentir, tal assertiva não merece prosperar pelos mesmos motivos elencados nas situações da voz de prisão e condução por militar menos antigo ou inferior ao preso. E ainda reforça a divergência o citado art. 245, que elenca funções e não patentes na hierarquia como autoridade para lavratura do auto. Conforme o artigo 245 do CPPM, qualquer comandante de Unidade, oficial de dia, oficial de serviço ou autoridade judiciária poderá presidir a lavratura do auto de prisão em flagrante, não importando ser de posto inferior ao flagranteado, ou seja, um tenente exercendo a função de oficial de dia poderá lavar o auto de prisão em flagrante de um Coronel.

No sentido aduzido, pronunciou-se recentemente, em 18 de abril do corrente ano, o Conselho Nacional de Justiça:

AUTOS: PEDIDO DE PROVIDENCIAS- 0002682-59.2017.2.00.0000

Requerente: ALEX SANDRO OCHSENDORF

Requerido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO - TJMSP

RECURSO ADMINISTRATIVO - PEDIDO DE PROVIDENCIAS - TJMSP - LAVRATURA DE AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO

1. A norma impugnada, art. 12 da Resolução nº 42/16 do TJMSP, dispensa a submissão do Auto de Prisão em Flagrante Delito ao crivo de autoridade hierarquicamente àquela que o lavrou.

2. Não se extrai do art. 247, § 2º, do CPPM comando que exija que o Auto de Prisão em Flagrante Delito, lavrado por uma das autoridades elencadas no art. 245 do CPPM, seja obrigatoriamente submetido ao Comandante da Unidade Militar.

3. O art. 245 do CPPM traz o rol de autoridades habilitadas à lavratura do auto de flagrante delito, elencando-as de forma alternativa e não cumulativa.
4. Assim, na ausência de uma das autoridades a outra poderá proceder à lavratura do auto. Não há no dispositivo nenhuma referência à homologação a ser realizada por autoridade hierarquicamente superior.
5. Recurso administrativo a que se nega provimento.

A preocupação do CPPM com a necessidade e urgência da prisão em flagrante é tanta, que o art. 249 autoriza a prisão em flagrante, quando o fato for praticado na presença da autoridade ou contra ela, no exercício de suas funções, devendo a própria autoridade prender e autuar em flagrante o infrator. Como exemplo de autoridade militar, temos o Comandante de Unidade, Chefe ou Diretor. Reforçando a tese da relativização do princípio da hierarquia em prol da prisão em flagrante, o CPPM no art. 250 admite até que autoridade de polícia civil lavre o auto de prisão. Segundo NUCCI (2014, pag. 293), trata-se de providência correta, pois as unidades militares não possuem sede em todos os locais do país ou municípios nos estados.

Os artigos citados possuem um único objetivo: evitar um engessamento da prisão em flagrante que seria causado pela aplicação do princípio da hierarquia, conforme o texto do art. 223 do CPPM. Assim sendo, resta provado ser a prisão em flagrante a exceção ao princípio da hierarquia, nada obstando que todos os passos previstos no CPPM para a prisão em flagrante delito sejam realizados por militar de posto ou graduação menos antigo ou inferior ao preso, nos casos de voz de prisão e condução, respectivamente, e na lavratura do auto de prisão em flagrante por oficial de posto inferior ao flagranteado, preservando, assim, o sentido e a razão de existência do instituto da prisão em flagrante com suas características de necessidade e urgência.

Após a lavratura do auto, toda a condução do preso, seja para o local de custódia ou para realização de exame de corpo delito, deverá ser realizada com a aplicação do princípio da hierarquia, pois a necessidade e urgência do flagrante já foram satisfeitas. Da mesma forma, a prisão de militar por mandado judicial deverá ser realizada por militar mais antigo ou superior ao preso, sendo exceção a essa regra apenas a prisão em flagrante.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal, 1988*. Disponível em:

www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. Código de Processo Penal Militar. *Decreto-Lei 1.002*. 21 de outubro de 1969. Senado Federal.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Processo Penal Militar Comentado*. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Manual de Prisão em Flagrante Delito nos Crimes Militares. Polícia Militar do Estado do Mato Grosso. Corregedoria Geral.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Militar Comentado*. 2. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

NEVES, Cicero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Análise comportamental do Direito: ideias básicas

Julio Cesar de Aguiar

Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília.

Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás.

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

PhD in Law pela *University of Aberdeen*, Reino Unido.

Pesquisador-Colaborador Pleno do Instituto de Psicologia da Universidade de Brasília.

Procurador da Fazenda Nacional.

Benjamin Miranda Tabak

Professor da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas (FGV/EPPG).

Tem experiência na área de Economia e Direito, com ênfase em Regulação Financeira, Análise Econômica do Direito e Análise Econômica do Direito Comportamental.

Pesquisa na área de Economia Bancária, Finanças e Direito, com artigos científicos e livros publicados nessa área assim como em áreas correlatas. Editor associado de revistas especializadas nacionais e estrangeiras.

Artigo publicado em *Direito, economia e comportamento humano*.

Curitiba: CRV, 2016, pp. 17-24

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O modelo analítico-comportamental – 3 Análise comportamental da norma jurídica – 4 Análise comportamental da regra jurídica – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Dentre os artigos que compõem a presente coletânea, alguns utilizam a análise comportamental do direito. Trata-se de uma nova abordagem científica do direito que tem como fundamento uma versão do chamado behaviorismo radical – criado pelo psicólogo norte-americano Burrhus Frederic Skinner na década de 1930 –, segundo a qual o direito é um sistema de padrões comportamentais entrelaçados que visam ao controle punitivo dos comportamentos considerados socialmente indesejáveis.

Primeiramente, o modelo analítico-comportamental será apresentado sucintamente. Em seguida, serão discutidos os aspectos fundamentais das duas modalidades propostas de análise comportamental, quais sejam a análise comportamental da norma jurídica e a análise comportamental da regra jurídica.

2 O MODELO ANALÍTICO-COMPORTAMENTAL

Embora constitua um paradigma teórico extremamente amplo e variado em psicologia e, em menor escala, em outras áreas das ciências biológicas e humanas¹, a análise comportamental, para os fins da sua aplicação ao estudo científico do direito, pode ser descrita sumariamente a partir de um modelo explicativo do comportamento humano composto por quatro variáveis, quais sejam o padrão comportamental operante, o contexto, o estado motivacional e as consequências, essas últimas subdivididas em reforços (ou recompensas) e punições.

O padrão comportamental operante é a variável dependente do modelo. Segundo a análise comportamental, a imensa maioria dos comportamentos humanos resulta de um processo de aprendizagem que se desenvolve durante a ontogênese dos indivíduos, ou seja, desde a concepção até a morte². Esse processo de aprendizagem ontogenética compõe, então, a cada momento, a história comportamental do indivíduo, cujo resultado é o respectivo repertório comportamental, o qual inclui ainda os comportamentos reflexos – condicionados e incondicionados –, que não fazem parte do modelo.

¹ SCHNEIDER, S. M. The science of consequences: how they affect genes, change the brain, and impact our world. Amherst, N.Y.: Prometheus Books, 2012.

² AGUIAR, J. C. de. Passos para uma abordagem evolucionária do direito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, vol. 60, n. 1, 2015, p. 9-38.

Para fins analíticos, o repertório comportamental operante de um indivíduo pode ser subdividido em distintos padrões comportamentais definidos funcionalmente, ou seja, de acordo com a função que tal padrão comportamental cumpre na adaptação do indivíduo ao ambiente circundante, físico e social. Assim, o comportamento de recolher-se em determinada hora do dia e adormecer pode ser considerado, para fins de análise, como o padrão comportamental ‘dormir’. O comportamento de fazer a refeição mais substancial do dia mais ou menos no horário em que o sol está no seu ápice corresponde analiticamente ao padrão comportamental para o qual, no contexto social brasileiro, se dá o nome de ‘almoçar’.

É importante deixar claro que o padrão comportamental operante não é uma resposta mecânica e estereotipada a um estímulo ambiental, como muitos erroneamente acreditam, mas uma relação funcional entre uma série de alterações físicas do organismo individual e variáveis ambientais que antecedem e sucedem o comportamento em questão. Por outro lado, o padrão comportamental operante é uma unidade de análise do repertório comportamental individual que se estende no tempo e no espaço. Por exemplo, o padrão comportamental almoçar inclui todos os eventos classificáveis como tal praticados pelo indivíduo ao longo de uma unidade temporal qualquer – por exemplo, um mês – em diversos locais.

A principal dimensão quantitativa do padrão comportamental operante é a sua frequência observada, com base na qual se pode, *ceteris paribus*, prever a probabilidade de ocorrência futura do mesmo comportamento, dados o estado motivacional e o contexto e desde que as consequências resultantes, reforçadoras ou punitivas, se mantenham estáveis. Assim, se um indivíduo tem almoçado diariamente, nos dias de semana, na lanchonete em frente ao escritório onde trabalha, pode-se, *ceteris paribus*, prever que continuará fazendo-o, mantidos o estado motivacional (fome), o contexto (trabalha no mesmo local etc.) e as consequências (comida relativamente boa e barata).

Variações quantitativas e qualitativas nas variáveis independentes (contexto, estado motivacional e consequências) irão alterar a probabilidade de ocorrência do padrão comportamental e outras dimensões mensuráveis deste, dentre as quais uma das mais importantes é o tempo de permanência do comportamento no repertório do indivíduo, mesmo quando cessado ou significativamente diminuído o reforço. Assim, dependendo do quão frequentemente a comida da lanchonete foi especialmente apetitosa no Passado, o indivíduo tenderá a continuar a comer lá por mais ou menos tempo, mesmo se, a partir de certo momento, ela começar a ser consistentemente ruim.

O contexto é a variável ambiental independente que sinaliza para o indivíduo a maior ou menor probabilidade da consequência reforçadora ou punitiva seguir-se à emissão de um dado

padrão comportamental operante. No exemplo do almoço, a fachada e o nome da lanchonete, a hora em que o almoço começa a ser servido, o número de pessoas disputando um lugar às mesas, são elementos contextuais, dentre muitos outros, que sinalizam se, e em que medida, a experiência de comer naquele local será ou não reforçadora.

Dois fenômenos importantes relacionados ao contexto são a generalização e a discriminação. A generalização estende as propriedades sinalizadoras de um contexto a outros semelhantes. A discriminação distingue as propriedades sinalizadoras de um ou alguns dentre dois ou mais contextos semelhantes em certos aspectos, porém, distintos em outros. Por exemplo, se o indivíduo viaja a trabalho por uma semana, uma lanchonete pertencente à mesma rede da que o indivíduo come diariamente pode indicar que ele encontrará comida da mesma qualidade e, assim, induzi-lo a almoçar lá durante a estada naquela cidade. Houve, nesse caso, uma generalização do contexto em que ele usualmente come para o da lanchonete semelhante (mesma rede) na localidade para a qual ele viajou. Por outro lado, se o restaurante em que um indivíduo almoça passa a servir comida árabe, nas segundas, quartas e sextas, e comida italiana, nas terças e quintas, sendo que, na opinião do indivíduo, a comida italiana costumeiramente é de má qualidade, ele tenderá a continuar almoçando lá apenas nas segundas, quartas e sextas.

Nesse caso, o fator temporal indicado pelo dia da semana serve como contexto discriminativo para o indivíduo, no sentido de que sinaliza para ele a maior ou menor probabilidade de que o comportamento almoçar em determinado restaurante será ou não reforçado com comida de boa qualidade.

A capacidade de sinalização do contexto com relação ao reforço ou punição faz com que, dado o estado motivacional adequado, ele induza a ocorrência de um determinado comportamento no indivíduo. Assim, se estou com fome em uma cidade desconhecida, a visão de uma lanchonete pertencente à mesma rede da que eu usualmente almoço tenderá a induzir em mim (tornar mais provável) o comportamento de almoçar naquela lanchonete.

O estado motivacional é a variável independente que torna momentaneamente mais ou menos reforçadora uma consequência determinada, tornando assim mais provável, naquele momento e dependendo do contexto, comportamentos que, no passado, foram seguidos por aquela consequência. Os estados motivacionais mais importantes são as chamadas privações – fome, sede, solidão, abstinência sexual – e as estimulações aversivas – excesso de frio ou de calor, dor, excesso de ruído ou luz, dentre outras. Assim, a privação de alimento (fome) aumenta o valor reforçador da ingestão de comida, tornando mais prováveis os comportamentos que, no passado, levaram a tal consequência. Por exemplo, se é dia de semana, o horário é adequado e estou no trabalho, a fome é um estado motivacional que torna mais provável o comportamento

de me dirigir à lanchonete e almoçar. Por outro lado, se estou em meu escritório e a temperatura aumenta demasiado (estimulação aversiva), o valor da consequência ‘redução da temperatura a 20° C’ se torna maior, tornando mais provável o comportamento de ligar o ar condicionado da sala e programá-lo para 20° C.

De forma semelhante ao contexto, mudanças no estado motivacional, dados o contexto e a história comportamental, tendem a induzir comportamentos que, no passado, redundaram na consequência tornada mais valiosa por elas.

As consequências são as variáveis independentes que determinam a probabilidade de ocorrência de um padrão comportamental operante no repertório de um dado indivíduo. Elas são chamadas reforços (ou recompensas), quando tendem a tornar o comportamento que lhes é vinculado mais provável, dados o contexto e o estado motivacional. São chamadas punições, quando tendem a tornar o comportamento que lhes é vinculado menos provável, dados o contexto e o estado motivacional.

Assim, dados o contexto ‘horário de almoço em dia de semana não feriado’ e o estado motivacional ‘fome’, a consequência ‘comida boa e barata’, obtida no passado, tende a tornar mais provável, no presente e no futuro, o padrão comportamental operante ‘almoçar na lanchonete em frente ao prédio em que trabalho’. Se, por outro lado, em vez de ‘comida boa e barata’, a consequência for ‘comida péssima apesar de barata’, o comportamento em questão tenderá a se tornar menos provável, podendo chegar a se extinguir, ou seja, atingir probabilidade de ocorrência nula.

A vinculação entre padrão comportamental operante e consequência reforçadora ou punitiva, em grande parte das vezes, tem natureza causal; como no exemplo acima, em que dirigir-se ao restaurante e praticar uma série de condutas que levam a obtenção de comida – tais como, sentar-se a uma das mesas, pedir a comida ao garçom, etc. – é causalmente relacionado à chegada do prato de comida à mesa, possibilitando o ato de comer, que é a consequência reforçadora do padrão comportamental em questão. De fato, é essa característica que explica a evolução da própria capacidade dos organismos animais para alterarem seu repertório comportamental em consonância com as consequências reforçadoras ou punitivas decorrentes. A essa ligação causal entre padrão comportamental operante e consequência, dados o contexto e o estado motivacional, se dá, no jargão da análise comportamental, o nome de contingência comportamental.

A natureza social dos seres humanos faz com que sejamos especialmente sensíveis às consequências sociais de nossos padrões comportamentais, entendendo-se por tal as reações de outras pessoas ao nosso comportamento. Assim, padrões comportamentais que ocasionem

reações punitivas por parte de outras pessoas tendem a ter a sua frequência diminuída; ao passo que aqueles que são seguidos de reações recompensadoras (reforçadoras) tendem a ter a frequência relativa aumentada.

Por sua vez, o próprio comportamento de reagir punitiva ou recompensadoramente a determinado comportamento é controlado pela respectiva consequência reforçadora. Ou seja, punimos ou recompensamos os comportamentos uns dos outros quando tais comportamentos punitivos ou recompensadores são reforçados respectivamente com a diminuição ou o aumento do comportamento objeto de nossa reação.

A crescente complexidade das sociedades humanas deu origem ao surgimento de sistemas sociais especializados na punição de determinados comportamentos considerados indesejáveis, isto é, cuja diminuição a níveis mínimos é reforçadora para os detentores do poder governamental em uma dada sociedade. A esse sistema social especializado na punição de comportamentos socialmente indesejáveis se dá o nome de sistema jurídico³.

Ao conjunto de padrões comportamentais entrelaçados que intermedeiam a ligação entre a ocorrência do padrão comportamental indesejável e a respectiva punição – chamada sanção no vocabulário jurídico – se dá o nome de norma jurídica⁴. Como dito acima, a essa ligação entre comportamento e consequência, dados o contexto e o estado motivacional, se dá o nome técnico de contingência comportamental. Destarte, a norma jurídica, conforme definida pela análise comportamental do direito, nada mais é do que um tipo de contingência comportamental punitiva, a qual tem natureza social, porquanto constituída por comportamentos humanos que determinam reciprocamente a sua probabilidade de ocorrência. Na seção seguinte, iremos discutir um modelo de análise comportamental das normas jurídicas. Antes, porém, vamos discutir brevemente o conceito de regra jurídica.

Uma das maiores contribuições da análise comportamental à compreensão científica do comportamento humano diz respeito à linguagem humana. De fato, a começar pela obra magistral de Skinner, publicada em 1957 e intitulada *Verbal Behavior*, os analistas comportamentais têm defendido a visão segundo a qual a linguagem humana nada mais é do que um modo muito especial de comportamento social, que não difere de outros tipos de comportamento social humano senão pela sua forma ou, para usar o jargão behaviorista radical,

³ AGUIAR, J. C. de. O direito como sistema de contingências sociais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás*, vol. 37, n. 2, 2013, pp. 164-196.

⁴ AGUIAR, J. C. de. O conceito analítico-comportamental de norma jurídica. Manuscrito submetido à publicação.

pela sua topografia. Destarte, do ponto de vista funcional, o comportamento linguístico humano é explicável pelas mesmas variáveis independentes acima mencionadas, quais sejam contexto, estado motivacional e consequências reforçadoras ou punitivas.

Está muito além do escopo do presente capítulo discutir em detalhes a teoria analítico-comportamental da linguagem. Para os presentes fins, basta destacar que, dentre as possibilidades abertas por tal teoria, no que tange à explicação científica do direito, está a superação da tradicional dicotomia entre direito em ação e direito nos livros. De fato, com base no conceito de linguagem como comportamento social humano, se pode afirmar que, para a análise comportamental do direito, só existe o direito em ação. Os livros, ou seja, as leis, precedentes judiciais e outros tipos de textos jurídicos, não são mais do que elementos contextuais que tornam mais provável a emissão de padrões comportamentais verbais ou linguísticos, os quais a análise comportamental do direito denomina de regras jurídicas. Em outras palavras, para a análise comportamental do direito, as regras jurídicas não são textos, mas padrões comportamentais linguísticos – ou seja, comportamentos humanos – cuja probabilidade de ocorrência depende das respectivas consequências reforçadoras ou punitivas, e para os quais os elementos textuais, como as leis, os precedentes judiciais e a doutrina, funcionam como parte do contexto, podendo também compor, sob a forma de estimulação aversiva condicionada, parte da estimulação responsável por certos estados motivacionais. A penúltima seção deste capítulo trata da análise comportamental das regras jurídicas, quando voltarei a tratar desse conceito.

3 ANÁLISE COMPORTAMENTAL DA NORMA JURÍDICA

Como dito acima, para a análise comportamental do direito, uma norma jurídica é um subsistema social composto por vários padrões comportamentais entrelaçados, os quais intermedeiam a relação entre o comportamento objeto do controle jurídico punitivo e a respectiva sanção⁵. Esse subsistema pode ser representado por uma rede de padrões comportamentais, cujos nós são as chamadas situações-problema, ou seja, situações em que, por algum motivo, não somos capazes de emitir um determinado padrão comportamental, não obstante o mesmo seja altamente provável, em razão do estado motivacional em que estamos. A característica de tais situações problema é tornar altamente provável a emissão de

⁵ AGUIAR, J. C. Análise comportamental do direito: uma abordagem do direito como ciência do comportamento humano aplicada. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, vol. 34, n.2, 2014, p. 245-273.

comportamentos denominados solucionadores de problemas cuja consequência reforçadora é, como o próprio nome diz, a emissão do comportamento que soluciona o problema.

Um tipo de comportamento solucionador de problemas muito comum no contexto jurídico é a emissão de regras jurídicas, ou seja, de padrões comportamentais verbais cuja forma básica consiste na indicação de um comportamento e da respectiva sanção, que pode ser uma recompensa ou, mais comumente, uma punição. Por exemplo, o art. 155 do Código Penal Brasileiro é uma regra jurídica que descreve um comportamento – ‘subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel’ – e uma sanção punitiva – ‘reclusão, de um a quatro anos, e multa’.

Nem todos os nós que compõem uma norma jurídica determinada são compostos por situações problema cuja solução seja facilitada pela consulta a regras jurídicas. Em muitos casos, o indivíduo se vale de regras informais ou mesmo de experiências passadas próprias ou de outros indivíduos que não são transmitidas por meio de regras. O objetivo da análise comportamental de uma norma jurídica é, primeiramente, o mapeamento da rede de comportamentos entrelaçados que a compõe, seguindo-se a análise das respectivas contingências comportamentais, a partir da qual se pode partir para propostas de intervenção, visando tornar os comportamentos em questão mais prováveis e, dessa forma, tornando a norma jurídica mais eficaz, ou seja, a ligação entre comportamento e sanção mais provável, de modo a aumentar o poder dissuasório do direito. Vejamos um exemplo.

Digamos que um comerciante de roupas populares esteja sendo constantemente vítima de roubos praticados por menores que moram em uma favela próxima ao seu estabelecimento. Como explicar a alta frequência desse comportamento – ‘roubar o estabelecimento comercial próximo à minha residência’ – por parte dos menores infratores? Pode-se usar a análise comportamental da norma jurídica para identificar a respectiva rede comportamental, as contingências comportamentais incidentes em cada um dos nós que a compõem e, eventualmente, sugerir formas de intervenção para o aperfeiçoamento da norma; no caso, para o aumento da punição dos infratores e conseqüente diminuição do comportamento de roubar o infeliz comerciante.

4 ANÁLISE COMPORTAMENTAL DA REGRA JURÍDICA

Conforme já explicado, as normas jurídicas são compostas por redes de padrões comportamentais entrelaçados que intermedeiam a ligação entre o cometimento do comportamento cujo controle punitivo é objeto da norma e a respectiva sanção punitiva. Entre os nós mais importantes de tais redes comportamentais incluem-se os chamados processos judiciais,

compostos basicamente pelos padrões comportamentais entrelaçados das autoridades do Poder Judiciário e outros profissionais do direito, como advogados públicos e privados e membros do Ministério Público, bem como entre esses e as partes do processo judicial, autores e réus, ou ainda terceiros interessados, como as vítimas, seus parentes e amigos. Tanto nos processos judiciais como em outros contextos em que há o envolvimento de profissionais jurídicos – os assim chamados ‘operadores do direito’ –, torna-se particularmente relevante um tipo de padrão comportamental complexo denominado na doutrina jurídica tradicional de interpretação da lei ou direito aplicável, o qual, atualmente, é considerado como parte integrante de um padrão mais inclusivo denominado aplicação da lei ou do direito.

Como o próprio nome indica, trata-se de um típico padrão comportamental solucionador de problemas – por exemplo, o problema posto pelo processo judicial, qual seja condenar ou absolver o réu –, para o qual a consulta a textos jurídicos – leis, precedentes judiciais e doutrina – constitui o núcleo essencial. Embora o comportamento profissional dos operadores do direito seja determinado pelas consequências imediatas de suas condutas nos vários procedimentos em que tomam parte, cujo valor reforçador ou punitivo vai variar de indivíduo para indivíduo e conforme o papel exercido no procedimento, é possível, por meio principalmente de reforçadores e punidores condicionados verbais, tornar determinadas consequências de médio e longo prazo significativamente mais relevantes para a determinação de tais comportamentos. Esse é, de fato, o papel principal da doutrina e também da análise comportamental da regra jurídica.

Para os fins da análise comportamental em tela, a regra jurídica é subdividida em três componentes básicos: contingência jurídica, meta social e premissas comportamentais relevantes. A contingência jurídica é a relação contingente entre a conduta cuja frequência de ocorrência se busca controlar via imposição da sanção e a sanção propriamente dita. Por exemplo, no caso do crime de homicídio do direito penal brasileiro, a contingência jurídica é a relação contingente entre a conduta ‘matar alguém’ e a sanção ‘reclusão, de seis a vinte anos’. Por meta social entende-se o estado de coisas a que a imposição da contingência jurídica visa a atingir. No exemplo dado, a meta social é proteção à vida dos membros da sociedade brasileira, incluídos os residentes no Brasil e as pessoas em trânsito pelo território nacional. Por premissas comportamentais relevantes se entende as duas relações causais fundamentais pressupostas pela regra jurídica, quais sejam a relação causal entre a imposição da sanção (normalmente punitiva) e a diminuição ou aumento da conduta cujo cometimento ou omissão é, respectivamente, objeto da punição prevista pela regra; e a relação causal entre a diminuição ou aumento da conduta em questão e a obtenção da meta social.

Além de tornar a concretização da meta social um reforçador verbal condicionado, a análise comportamental da regra jurídica introduz um novo problema para o aplicador da lei, qual seja o de se e em que medida as premissas comportamentais relevantes são verdadeiras. A solução de tal problema vai exigir do profissional jurídico, especialmente do juiz, a consulta a outros tipos de textos e fontes de conhecimento verbal, os quais podem modificar significativamente as predisposições existentes no seu repertório comportamental, no sentido de decidir o tipo de caso em questão de uma ou de outra maneira.

5 CONCLUSÃO

A análise comportamental do direito é uma nova abordagem científica do direito que tem por base uma versão adaptada do behaviorismo radical skinneriano. Além de proporcionar uma nova concepção do direito como sistema social funcionalmente especializado no controle punitivo de condutas consideradas socialmente indesejáveis, a análise comportamental do direito se propõe a estudar as normas e as regras jurídicas, buscando subsidiar, respectivamente, intervenções visando a maior eficácia do direito e a sua aplicação de forma mais condizente com as metas e premissas comportamentais que lhes são inerentes.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, J. C. de. O conceito analítico-comportamental de norma jurídica. Manuscrito submetido à publicação.

AGUIAR, J. C. Análise comportamental do direito: uma abordagem do direito como ciência do comportamento humano aplicada. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, vol. 34, n.2, 2014, p. 245-273.

AGUIAR, J. C. de. Passos para uma abordagem evolucionária do direito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, vol. 60, n. 1, 2015, p. 9-38.

AGUIAR, J. C. de. O direito como sistema de contingências sociais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, vol. 37, n. 2, 2013, p. 164-196.

SCHNEIDER, S. M. The science of consequences: how they affect genes, change the brain, and impact our world. Amherst, N.Y.: Prometheus Books, 2012.

Síndrome do Piu-Piu no júri

César Danilo Ribeiro de Novais

Promotor de Justiça em Mato Grosso, Presidente da Associação dos Promotores do Júri (Confraria do Júri), Coordenador do Núcleo do Tribunal do Júri do Ministério Público de Mato Grosso e Editor do blogue Promotor de Justiça.

Artigo publicado em 1º de março de 2016 na página Promotor de Justiça

Nos anos 80, a televisão brasileira exibia episódios do desenho Piu-Piu e Frajola, em que este, um gato alvinegro, tentava a todo custo capturar aquele, um passarinho amarelo. “Eu acho que vi um gatinho!” era o bordão de Piu-Piu ao se livrar das investidas de Frajola. Ele via o gatinho se dando mal, mas, irônica e ingenuamente, se colocava em posição de dúvida.

A partir do desenho, o filósofo Olavo de Carvalho[1] cunhou a expressão “Síndrome do Piu-Piu” para quem sofre de cegueira deliberada, que se coloca em posição de dúvida mesmo diante de fato incontornável.

No Tribunal do Júri, não raro, a defesa busca contagiar os jurados por essa síndrome, com olhos voltados a mitigar o poder punitivo do Estado em prol do acusado.

Como é sabido, por força do princípio da plenitude de defesa e do quesito obrigatório de absolvição, há um extenso cardápio de teses, jurídicas e extrajurídicas, à disposição da defesa.

De duas, uma: o acusado nega ou justifica o crime. A confissão pura e simples é rara exceção. Se ninguém viu ou alguém não viu bem o crime, a tese será da negativa de autoria ou legítima defesa; se há confissão policial, dirá que o acusado foi coagido pela polícia; se há testemunhas, invocará a violenta emoção ou a exclusão de qualificadora; se o crime for monstruoso, apostará na inimputabilidade do acusado...e assim por diante.

Por isso, no julgamento pelo Tribunal do Júri, é comum a defesa invocar o conhecido *in dubio pro reo*, ao argumento de que não há prova suficiente nos autos para a condenação, e, em corolário, pleitear a absolvição ou a melhoria da incursão jurídica do acusado junto ao Conselho de Sentença.

Para tanto, a defesa, com o objetivo de contaminar os jurados com a “Síndrome do Piu-Piu”, recita uma miríade de escritos e julgados que reclamam a certeza absoluta da ocorrência do fato descrito na denúncia para a condenação. Em regra, semeia-se a dúvida para colher a

absolvição ou pena aquém da merecida. É a velha ameaça aos jurados com o fantasma do erro judiciário.

A propósito, cumpre registrar que existem duas espécies de erro judiciário: o positivo e o negativo. Valem as palavras do jurista Edilson Mougnot Bonfim[2]: “O que é um erro judiciário positivo? Quando a gente condena um inocente. O que é um erro judiciário negativo? Quando a gente absolve um culpado ou diminui a pena que ele mereça”.

O cotidiano forense demonstra que o erro judiciário negativo é o mais comum e o positivo é exceção. Não à toa, quando este vem a ocorrer transforma-se em manchete de jornal, enredo de livro ou trama de filme, pois foge ao lugar-comum.

Logo avulta esta pertinente indagação: Qual é o grau de convicção exigido para a emissão de veredicto condenatório no Tribunal Popular?

Antes de responder essa questão, cumpre rememorar que os jurados são guiados pela íntima convicção, cujo voto é sigiloso e despido de fundamentação, na decisão da causa. Isso decorre do princípio da soberania popular, que carrega idêntica carga genética do sufrágio eleitoral, já que é o titular, o povo, que exerce seu poder diretamente, sem intermediários.

Nessa toada, após os debates das partes em plenário, incumbe aos jurados decidirem de acordo com sua consciência e os ditames da justiça o caso que lhes foi submetido a julgamento. A decisão é formada pelos monossílabos sim e não, ao responderem aos quesitos. Nada mais que isso.

Como é sabido, vários autores exigem para a condenação a inexistência de qualquer dúvida. Todavia, no mundo dos humanos sempre haverá espaços para dúvida possível ou imaginária. Dúvida sempre existirá, até mesmo a improvável ou a impossível. Basta levantá-la. Ou seja, a verdade, ordinariamente, não é alcançável cem por cento.

Há alguns modelos de provas no processo penal. O professor Gustavo Badaró[3] ensina que existem três modelos: “preponderância de evidência (probabilidade superior a cinquenta por cento), prova clara e convincente (probabilidade superior a setenta e cinco por cento) e prova para além de qualquer dúvida razoável (probabilidade em torno de noventa e cinco por cento)”.

Seguindo a mesma trilha, nas terras estadunidenses, os *standards* são classificados em suspeita razoável (*reasonable suspicion*), causa provável (*probable cause*), preponderância de evidência (*preponderance of evidence*), evidência clara e convincente (*clear and convincing evidence*) e prova para além da dúvida razoável (*beyond any reasonable doubt*).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, n’alguns casos, adotou o *standard beyond any reasonable doubt*, isto é, o modelo de prova para além de qualquer dúvida razoável.

Nos Estados Unidos, há instrução doutrinária, inclusive citada no caso *Victor vs. Nabaska*, com o seguinte teor[4]: “Prova para além de uma dúvida razoável é a prova que deixa você firmemente convencido da culpa do réu. Há muitas poucas coisas neste mundo que nós sabemos com certeza absoluta, e em casos criminais o direito não requer prova que supere cada possível dúvida. Se, baseado em sua consideração da prova, você está firmemente convencido de que o réu é culpado do crime imputado, você deve considera-lo culpado. Se, por outro lado, você achar que há uma possibilidade real de que ele não seja culpado, você deve dar-lhe o benefício da dúvida e considerá-lo não culpado”.

Esse parece ser o modelo mais seguro e adequado para a condenação criminal, inclusive no Júri. Vale dizer, na inexistência de dúvida razoável a condenação se impõe.

Nessa vertente entendeu o ministro Luiz Fux, na Ação Penal n. 470[5]: “Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação”.

Somado isso à recomendação do filósofo racionalista René Descartes[6] – “nunca nos devemos deixar persuadir senão pela evidência de nossa razão” -, incumbe à lógica humana[7] guiar a decisão do jurado.

Assim, em conclusão, é racional que o jurado, adstrito à íntima convicção e aos ditames da justiça, opte pela condenação do réu quando não houver dúvida razoável. O simples fato de haver probabilidades remotas de erro não é o bastante para hesitação, tornando-se de rigor a emissão de veredicto condenatório. Portanto, na falta de dúvida razoável, não há espaço para a “Síndrome do Piu-Piu”. Que ela fique bem guardada na memória lúdica da infância e não sirva de muleta para o erro judiciário negativo.

Nos anos 80, a televisão brasileira exibia episódios do desenho Piu-Piu e Frajola, em que este, um gato alvinegro, tentava a todo custo capturar aquele, um passarinho amarelo. “Eu acho que vi um gatinho!” era o bordão de Piu-Piu ao se livrar das investidas de Frajola. Ele via o gatinho se dando mal, mas, irônica e ingenuamente, se colocava em posição de dúvida.

A partir do desenho, o filósofo Olavo de Carvalho[1] cunhou a expressão “Síndrome do Piu-Piu” para quem sofre de cegueira deliberada, que se coloca em posição de dúvida mesmo diante de fato incontornável.

No Tribunal do Júri, não raro, a defesa busca contagiar os jurados por essa síndrome, com olhos voltados a mitigar o poder punitivo do Estado em prol do acusado.

Como é sabido, por força do princípio da plenitude de defesa e do quesito obrigatório de absolvição, há um extenso cardápio de teses, jurídicas e extrajurídicas, à disposição da defesa.

De duas, uma: o acusado nega ou justifica o crime. A confissão pura e simples é rara exceção. Se ninguém viu ou alguém não viu bem o crime, a tese será da negativa de autoria ou legítima defesa; se há confissão policial, dirá que o acusado foi coagido pela polícia; se há testemunhas, invocará a violenta emoção ou a exclusão de qualificadora; se o crime for monstruoso, apostará na inimputabilidade do acusado...e assim por diante.

Por isso, no julgamento pelo Tribunal do Júri, é comum a defesa invocar o conhecido *in dubio pro reo*, ao argumento de que não há prova suficiente nos autos para a condenação, e, em corolário, pleitear a absolvição ou a melhoria da incursão jurídica do acusado junto ao Conselho de Sentença.

Para tanto, a defesa, com o objetivo de contaminar os jurados com a “Síndrome do Piu-Piu”, recita uma miríade de escritos e julgados que reclamam a certeza absoluta da ocorrência do fato descrito na denúncia para a condenação. Em regra, semeia-se a dúvida para colher a absolvição ou pena aquém da merecida. É a velha ameaça aos jurados com o fantasma do erro judiciário.

A propósito, cumpre registrar que existem duas espécies de erro judiciário: o positivo e o negativo. Valem as palavras do jurista Edilson Mougenot Bonfim[2]: “O que é um erro judiciário positivo? Quando a gente condena um inocente. O que é um erro judiciário negativo? Quando a gente absolve um culpado ou diminui a pena que ele mereça”.

O cotidiano forense demonstra que o erro judiciário negativo é o mais comum e o positivo é exceção. Não à toa, quando este vem a ocorrer transforma-se em manchete de jornal, enredo de livro ou trama de filme, pois foge ao lugar-comum.

Logo avulta esta pertinente indagação: Qual é o grau de convicção exigido para a emissão de veredicto condenatório no Tribunal Popular?

Antes de responder essa questão, cumpre rememorar que os jurados são guiados pela íntima convicção, cujo voto é sigiloso e despido de fundamentação, na decisão da causa. Isso decorre do princípio da soberania popular, que carrega idêntica carga genética do sufrágio eleitoral, já que é o titular, o povo, que exerce seu poder diretamente, sem intermediários.

Nessa toada, após os debates das partes em plenário, incumbe aos jurados decidirem de acordo com sua consciência e os ditames da justiça o caso que lhes foi submetido a julgamento. A decisão é formada pelos monossílabos sim e não, ao responderem aos quesitos. Nada mais que isso.

Como é sabido, vários autores exigem para a condenação a inexistência de qualquer dúvida. Todavia, no mundo dos humanos sempre haverá espaços para dúvida possível ou

imaginária. Dúvida sempre existirá, até mesmo a improvável ou a impossível. Basta levantá-la. Ou seja, a verdade, ordinariamente, não é alcançável cem por cento.

Há alguns modelos de provas no processo penal. O professor Gustavo Badaró[3] ensina que existem três modelos: “preponderância de evidência (probabilidade superior a cinquenta por cento), prova clara e convincente (probabilidade superior a setenta e cinco por cento) e prova para além de qualquer dúvida razoável (probabilidade em torno de noventa e cinco por cento)”.

Seguindo a mesma trilha, nas terras estadunidenses, os *standards* são classificados em suspeita razoável (*reasonable suspicion*), causa provável (*probable cause*), preponderância de evidência (*preponderance of evidence*), evidência clara e convincente (*clear and convincing evidence*) e prova para além da dúvida razoável (*beyond any reasonable doubt*).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, n’alguns casos, adotou o *standard beyond any reasonable doubt*, isto é, o modelo de prova para além de qualquer dúvida razoável.

Nos Estados Unidos, há instrução doutrinária, inclusive citada no caso *Victor vs. Nabaska*, com o seguinte teor[4]: “Prova para além de uma dúvida razoável é a prova que deixa você firmemente convencido da culpa do réu. Há muitas poucas coisas neste mundo que nós sabemos com certeza absoluta, e em casos criminais o direito não requer prova que supere cada possível dúvida. Se, baseado em sua consideração da prova, você está firmemente convencido de que o réu é culpado do crime imputado, você deve considera-lo culpado. Se, por outro lado, você achar que há uma possibilidade real de que ele não seja culpado, você deve dar-lhe o benefício da dúvida e considerá-lo não culpado”.

Esse parece ser o modelo mais seguro e adequado para a condenação criminal, inclusive no Júri. Vale dizer, na inexistência de dúvida razoável a condenação se impõe.

Nessa vertente entendeu o ministro Luiz Fux, na Ação Penal n. 470[5]: “Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação”.

Somado isso à recomendação do filósofo racionalista René Descartes[6] – “nunca nos devemos deixar persuadir senão pela evidência de nossa razão” -, incumbe à lógica humana[7] guiar a decisão do jurado.

Assim, em conclusão, é racional que o jurado, adstrito à íntima convicção e aos ditames da justiça, opte pela condenação do réu quando não houver dúvida razoável. O simples fato de haver probabilidades remotas de erro não é o bastante para hesitação, tornando-se de rigor a emissão de veredicto condenatório. Portanto, na falta de dúvida razoável, não há espaço para a “Síndrome do Piu-Piu”. Que ela fique bem guardada na memória lúdica da infância e não sirva de muleta para o erro judiciário negativo.

Um projeto anticrime para o Foro de São Paulo comemorar

Claudia Piovezan

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina; Master of Laws pela Universidade da Flórida; Promotora de Justiça Criminal do Ministério Público do Paraná.

Artigo publicado em 19 de dezembro de 2019 pelo Senso Incomum

Pelo menos desde a década de 60, a legislação penal e processual brasileira passa por um contínuo e ininterrupto processo de desmantelamento, afastando-se do Direito natural e da verdade, o qual se acelerou a partir dos anos 80, contaminado por ideologia e pela defesa intransigente e desmedida do criminoso. Foi assim que se chegou a índices de 60 mil homicídios dolosos e de estupros e a milhões de roubos.

Na noite de quarta-feira, 4 de novembro, enquanto nas redes sociais ainda se discutia o depoimento da deputada Joice Hasselmann na CPMI das Fake News, a Câmara de Deputados se reuniu para votar um pacote de reforma legislativa tão aguardado pela população, que ficou conhecido como Pacote Anticrime.

Inicialmente, vale ressaltar que as propostas de alterações legislativas apresentadas ao Congresso pelo ministro Sérgio Moro foram reunidas ao projeto assinado pelo ministro do STF, Alexandre de Moraes, de maneira que passaram a tramitar conjuntamente. Numa análise superficial, o que se verifica é que foi aprovado um mix entre os dois projetos e alguns outros que já tramitavam na casa, ignorando-se alguns pontos nevrálgicos do projeto Sérgio Moro, como aquele que prevê a possibilidade de prisão automática após condenação em segunda instância e a legítima defesa do policial.

É de se observar que o projeto do ministro Moro já não era um primor para o combate ao crime, pois deixava de abordar questões importantes como as regras de progressão de regime,

imprescindíveis para dar uma guinada no cumprimento de pena. Além disso, previa o acordo penal, instituto novo por meio do qual se permite que o Ministério Público faça acordo com criminosos, reincidentes ou não, em quaisquer tipos de crime, de maneira que, a grosso modo, cumpra apenas parte da pena em troca de confissão.

Esperava-se mais dessas alterações legislativas. Não há nada a comemorar. Impossível abordar todos os aspectos do projeto que agora segue para o Senado, no entanto, vamos apontar algumas alterações negativas e outras aparentemente positivas, mas que nada mais são do que um passo adiante no processo de desmantelado em curso, que nos leva rumo ao abismo.

Pois bem, uma das mudanças aprovadas é que, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, antes de decidir sobre medidas cautelares, o juiz deverá ouvir previamente a pessoa investigada. Nessas medidas está incluída a prisão preventiva, portanto abre-se a possibilidade de um juiz intimar o investigado para ele se manifestar sobre a sua prisão antes mesmo de ser decretada, o que tira o elemento surpresa da prisão, dando tempo ao criminoso para fugir.

É a janela de Overton se movimentando em prol do criminoso, pois se começa com uma possibilidade para chegar ao direito subjetivo e inquestionável do investigado.

O juiz ainda deverá seguir decisões de tribunais superiores invocados pela defesa, a menos que demonstre cabalmente na fundamentação a existência de distinção entre o precedente e o caso em julgamento, ou seja, praticamente acabando com a independência funcional do juiz, vinculando a sua decisão, em última análise, ao entendimento do STJ e do STF. O juiz não passará de um robô.

Além disso, são tantos obstáculos a serem ultrapassados pelo juiz em sua decisão que deferir a prisão, que será quase impossível vencê-los e ainda evitar uma imputação de crime de abuso de autoridade. Se vencidos esses obstáculos, a prisão preventiva decretada deverá ser revista a cada 90 dias, sob pena de se tornar ilegal.

A audiência de custódia que tem sido objeto de indignação e revolta, que existe atualmente por força de liminar do STF, na ADPF 347, proposta pelo PSOL, e pela Resolução do 213, de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, está prevista no projeto e deverá ser realizada em no máximo 24 horas após a prisão, sob pena desta ser relaxada e da autoridade responsável pela não realização do ato ser responsabilizada administrativa, civil e penalmente.

Para a fase pré-processual, ou seja, a fase de investigação, foi criada a figura do juiz de garantias, que acompanhará as investigações, analisará os pedidos de medidas cautelares, realizará a audiência de custódia, etc. e que não poderá atuar na fase processual, sob pena de nulidade do processo, ou seja, entre outros problemas além da evidente situação de suspensão

que se coloca sobre a figura do juiz, isso levará necessariamente a um aumento da estrutura burocrática, com maior custo ao contribuinte, sempre com o fim de proteger sua excelência o réu.

O arquivamento de inquérito policial, que atualmente é homologado pelo juiz, deverá ser homologado por uma instância de revisão ministerial do Ministério Público, devendo ser intimada a vítima, o investigado, e a autoridade policial. Havendo discordância da vítima, ela poderá solicitar revisão do arquivamento a essa mesma instância de revisão ministerial (possivelmente o Conselho Superior do MP, que no Paraná é composto por 9 Procuradores de Justiça). Novamente, a lei cria uma situação que levará necessariamente ao aumento da burocracia estatal.

Expandindo as hipóteses de medidas alternativas, garantia certa de impunidade, o texto contempla o acordo de não-persecução penal, adotando fórmula criada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução 181, de 2017, ou seja, mais acordo com criminoso, no qual só ele tem vantagens.

Importante esclarecer que uma das justificativas para esses acordos é a imposição imediata de reparação do dano causado à vítima, no entanto, poucas vezes se vê algum criminoso, ainda que condenado, ressarcir a vítima, pois eles são sempre “pobres vítimas da sociedade”, sem emprego, sem renda, de modo que são isentos até mesmo pagar as penas de multa ou elas prescrevem.

A questão da prisão para cumprimento de pena “foi resolvida” com a manutenção da previsão de que caberá a prisão apenas após o trânsito em julgado, tal como é o desejo do Supremo Tribunal Federal, de modo a manter os criminosos soltos, ainda que sejam condenados confessos.

Aos policiais o projeto concede advogado pago pelo estado em situações de confronto com morte como prêmio de consolação por não ter aprovado a excludente de ilicitude.

Foi prevista a criação de Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais e há previsão de que condenados a certos crimes dolosos e graves serão submetidos à identificação de perfil genético, mediante extração do DNA. Se inicialmente essas medidas parecem boas como auxílio na identificação de criminosos, parece-me, por outro lado, a porta aberta para aumento de controle da população pelo Estado. Resta saber se esse é um preço que vale a pena ser pago, em nome de um suposto combate ao crime, em troca da liberdade e privacidade de todos os cidadãos.

Outras medidas, aparentemente boas, dependem de situações que não foram aprovadas para que tenham algum resultado, ou seja, trata-se de uma vitória de Pirro. Está prevista a

possibilidade de prisão imediata em caso de condenação por homicídio, mas apenas se a pena for igual ou superior a 15 anos. Ademais, obviamente a própria lei traz exceções.

Houve ampliação do rol de crimes hediondos, como roubo com emprego arma de fogo, com emprego de armas de uso restrito ou proibido, furtos com explosivos, geralmente praticados em furtos de agências bancárias e caixas eletrônicos, o que é relevante para aumentar o tempo de cumprimento de pena desses certos crimes. No entanto, deixa de ser crime hediondo o tráfico de drogas praticado por réu primário, sem antecedentes, e que não integre organizações criminosas, que já tinha pena reduzida e uma série de privilégios obtidos por meio de ativismo judicial.

Aumentou-se também a pena para algumas condutas relacionadas a armas de fogo de uso proibido, geralmente usadas por membros de organizações criminosas, e que também se tornaram crimes hediondos, como já mencionado.

Importante mencionar que foram estabelecidos novos percentuais de cumprimento de pena exigidos para a obtenção de progressão de regime, partindo de 16% (a regra geral atual de um sexto) para réu primário condenado por crime sem violência ou grave ameaça, chegando a 70% para o réu reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado em morte, daí a relevância do aumento do rol de crimes hediondos. Além disso, também há previsão de impedimento de saída temporária para condenados apenas a crimes hediondos com morte. Assim, esturpador, narcotraficante, ladrão etc continuarão passeando normalmente nas famosas saidinhas.

Para alcançar as organizações criminosas, regulamentou-se o regime disciplinar diferenciado para condenados que praticarem falta grave ou que representem risco para a ordem e segurança do estabelecimento prisional ou para a sociedade, ou que tenham vínculos com organizações criminosas ou milícias, limitando direitos a esses condenados, tal como permitir visitas apenas quinzenais e sem contato físico, com conversas gravadas, mediante ordem judicial.

As lideranças das organizações criminosas ainda deverão iniciar o cumprimento de pena em estabelecimentos penais de segurança máxima. E, havendo prova de vínculo associativo, não haverá possibilidade de progressão de regime ou livramento condicional.

Ocorre que tudo que se refere a endurecimento de cumprimento de pena está sujeito inicialmente à prévia prisão do criminoso, o que raramente ocorrerá diante da quase impossibilidade de decretar prisão preventiva e da impossibilidade de prisão para cumprimento de pena antes do trânsito em julgado. Logo, o que quer que haja de bom nesse pacote de medidas, nada representa na prática, pois os membros de organizações criminosas e os corruptos têm dinheiro e poder para prolongar o andamento do processo até o Supremo Tribunal Federal, e daí para a prescrição.

O que se vê com esse pacote aprovado pelos deputados é uma série de medidas que rebaixam o magistrado, prestigiam a Defensoria Pública, concedem mais garantias para os criminosos, aumentam a burocracia estatal e colocam maior controle sobre as polícias e sobre o Ministério Público. É a repetição da distorção que aconteceu com as “Dez medidas contra a corrupção”.

Tudo isso aliado ao incremento da justiça negociada – princípio destrutivo da justiça penal que já se impõe desde a discussão da reforma do Judiciário que se iniciou em 92, pelo PT e demais partidos de esquerda –, passando pela Lei 9.099/95, conclui-se que este projeto deve estar sendo comemorado pelo Foro de São Paulo e o fato de vários deputados de esquerda terem votado contra não passa mesmo de *mis-en-scène*. Agora, aguardemos para ver o que sai do Senado.

Sensacionalismo, superstição e verdade na crise do covid-19

José Ribamar da Costa Assunção

Procurador de Justiça no MPPI.

Membro da Transparência Brasil.

Escreve para sites jurídicos, entre eles, Jus Navigandi, Jus Brasil e Consultor Jurídico.

Crítico dos sistemas educacional, de saúde, de segurança pública, penal, político e tributário do país.

Artigo publicado em 14 de abril de 2020 na página Teses e Antíteses

“Nunca a verdade colheu o voto da maioria quando se mostrou pela primeira vez: as novas opiniões são sempre suspeitas, e amiúde combatidas, pelo único motivo de não serem comuns” (LOCKE, John. Ensaio sobre o entendimento humano. – Vol. I. 5ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, pág. 2).

Antes de publicar este exame, que ora venho fazer, da crise instalada em nosso país decorrente do surto do covid-19, demorei em muitas reflexões. E, confesso, nesse ínterim, recebi, de uns, conselho para não publicá-lo, talvez mais pelo temor que tomou de conta desses, de certo modo receosos da minha capacidade para tratar de assunto arriscado envolvendo uma doença epidêmica que a todos assusta e sobre a qual nem mesmo os especialistas têm uma opinião uniformizada. Fui, contudo, incentivado por outros, em maior número, a tratar da matéria, tendo chegado à conclusão de que justamente por ser um assunto sobre o qual nem mesmo os especialistas estão de acordo, creio que posso, se contar com a generosidade do leitor, dar a minha contribuição sobre o tema.

Tenho plena consciência de que não sou autoridade ou especialista no assunto; porém o que me estimulou a vir aqui não foi o propósito de trazer uma ideia nova a respeito do tratamento científico do vírus, que é objeto da ciência; e sim poder esclarecer sobre o que é o covid-19, da forma como é visto pela ciência, e, a partir daí, analisar e discutir as **três principais visões dos especialistas e cientistas** sobre qual deva ser o **comportamento da população** em face da nova doença, oferecendo, em análise conjuntural e com foco na crise gerada pela pandemia, que vem tendo reflexos diretos na vida social, política, administrativa, econômica e educacional do país, com **inegável abalo à segurança jurídica do cidadão brasileiro**, uma opinião de natureza jurídica acerca da politização da crise do coronavírus no Brasil.

Não tenho nenhuma pretensão, portanto, de veicular um preciso conhecimento científico da doença, embora tenha diligenciado não me apartar da base científica do caso, de que tratarei logo de início. O que me parece mais importante e imprescindível é justamente tratar da crise produzida pela pandemia, da qual todas **as mídias** tem se ocupado, tanto **a mídia offline** (televisão, rádio, jornal e revistas impressas) quanto a **mídia digital** (blogs, jornais, revistas digitais e as redes sociais). Busquei, assim, um limite para tratar do tema, certo de que nem mesmo os especialistas desejam, nesse momento, tecer detalhadas considerações sobre a gênese da doença, que suponho também não conhecem com suficiente detalhe, sendo este o motivo de não terem encontrado uma vacina capaz de combater o covid-19.

Meu exame buscou uma síntese da crise em que vivemos ao nos depararmos com uma doença que, até agora, praticamente não trouxe certezas, embora todos estejam esperançosos de vencê-la, de modo que o texto não pode ser tão curto que não **possa avaliar**, ainda que sem profundidade, os métodos e meios de tratamento da doença, de acordo com a **política de saúde vigente no Estado brasileiro** e, bem assim, o arcabouço jurídico de que dispomos para cuidar da crise, sempre tendo em vista os direitos e deveres das pessoas que vivem em nosso país e podem ser infectadas pelo covid-19. Tampouco pode ser tão extenso que venha a desagradar, seja pela prolixidade, seja por perder de vista o **foco principal da matéria**, cujo objetivo é trazer uma luz capaz de ajudar na tomada de decisões e medidas legais adequadas ao tratamento da crise. Acredito que todos, não só as autoridades sanitárias, políticas e jurídicas do país, como a população, que espera muito dessas autoridades, podem encontrar os **meios disponíveis** para, no momento, combater a doença. Passada a crise, que todos possam dizer que fizeram o seu papel.

Sabemos que a população de pequenas e grandes cidades, no mundo inteiro, convive com a epidemia do **covid-19** (do inglês *Coronavirus Disease 2019*), desde dezembro de 2019, uma doença infecciosa causada pelo coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2, ou SARS-CoV-2, também conhecida como **novo coronavírus**. Essa doença, possivelmente do tipo genérico B97, segundo a CID-10, pertence a uma família de vírus que causam infecções respiratórias, desde doenças ligeiras como a [constipação](#) até doenças mais graves como a [síndrome respiratória aguda grave](#) (SARS).

Cumpr **ressaltar**, entretanto, que os antigos e primeiros coronavírus surgiram em 1937; e somente em 1965 o vírus foi descrito como coronavírus, em decorrência da sua imagem microscópica revelar semelhança com uma coroa. **Cumpr** dizer ainda que há formas brandas de coronavírus, **o que a imprensa e o noticiário das grandes tevês não informam**, preferindo tratar apenas do que chamam o **novo coronavírus**. Mas o Ministério da Saúde informa: “A maioria das pessoas se infecta com os coronavírus comuns ao longo da vida, sendo as crianças pequenas mais propensas a se infectarem com o tipo mais comum do vírus. Os coronavírus mais comuns que infectam humanos são o alpha coronavírus 229E e NL63 e beta coronavírus OC43, HKU1.” > <https://www.saude.gov.br/o-ministro/746-saude-deaa-z/46490-novo-coronavirusoqueecausas-sintomas-tratamentoepreventao-3> > .

O novo agente, porém, surgiu na China, tendo sido identificado pela primeira vez na cidade de **Wuhan**, em dezembro de 2019. A doença tem um **período de incubação**, estimado entre 2 a 14 dias, tempo considerado necessário para aparecimento dos primeiros sintomas da infecção por coronavírus. O **Ministério da Saúde** considera que, durante os casos de incubação e casos assintomáticos, não há contágio.

Ao tratar das **fontes de infecção do coronavírus** nas suas mais variadas espécies, ou seja, **não apenas do novo coronavírus**, o Ministério da Saúde também informa: “A maioria dos coronavírus **geralmente infectam apenas uma espécie animal** ou pelo menos um pequeno número de espécies proximamente relacionadas. Porém, alguns coronavírus, como o SARS-CoV, podem infectar pessoas e animais. O reservatório animal para o coronavírus (COVID-19) ainda é desconhecido.” > <https://www.saude.gov.br/o-ministro/746-saude-deaa-z/46490-novo-coronavirusoqueecausas-sintomas-tratamentoepreventao-3> > . Tratando especificamente do covid-19, diz, claramente, o Ministério da Saúde: “**...o coronavírus (SARS-CoV-2) ainda precisa de mais estudos e investigações para caracterizar melhor os sinais e sintomas da doença.**” > <https://www.saude.gov.br/o-ministro/746-saude-deaa-z/46490-novo-coronavirusoqueecausas-sintomas-tratamentoepreventao-3> > .

Notem aí que o próprio Ministério da Saúde revela desconhecer, por não possuir um completo conhecimento do vírus, quais são os sinais e sintomas, *específicos*, do novo coronavírus.

A **transmissão da doença** se faz através de gotículas produzidas nas [vias respiratórias](#) das pessoas infetadas. Ao espirrar ou tossir, estas gotículas podem ser inaladas ou atingir diretamente a boca, nariz ou olhos de pessoas em contato próximo. As gotículas podem também depositar-se em objetos e superfícies próximos capazes de infetar quem nelas toque e leve a mão aos olhos, nariz ou boca, embora esta forma de transmissão seja menos comum. Dizem também os especialistas e o próprio Ministério da Saúde que “qualquer pessoa que tenha contato próximo (cerca de 1 m) com alguém com sintomas respiratórios está em risco de ser exposta à infecção”.

Notar, entretanto, que o perigo de contágio e a cautela que devem ter todas as pessoas de **guardar 1 (um) metro de distância em relação a alguém com sintomas respiratórios, é válido para todas as infecções viróticas**. Em relação ao covid-19, vem, mais uma vez, o Ministério da Saúde e diz: “...**Ainda não está claro com que facilidade o coronavírus se espalha de pessoa para pessoa.**” > <https://www.saude.gov.br/o-ministro/746-saude-deaa-z/46490-novo-coronavirusoquecausas-sintomas-tratamentoepreventao-3> >.

Quanto aos sintomas mais comuns do **novo coronavírus**, todos apontam: febre, tosse seca, fadiga, expectoração e falta de ar (dificuldade em respirar). Outros **possíveis sintomas** são garganta inflamada, dor de cabeça, calafrios, náuseas ou vômitos, congestão nasal, diarreia, tosse com sangue e congestão conjuntival.

Em linhas gerais, essa é a visão dos especialistas sobre o que é o novo coronavírus, não tendo surgido ainda um tratamento eficaz para debelar o vírus, que viria em forma de **vacina**, embora os cientistas venham experimentando, em determinados pacientes acometidos do covid-19, a **cloroquina** e a **hidroxicloroquina**, medicamentos bastante conhecidos, há várias décadas, usados na profilaxia e tratamento da malária, que especialistas veem administrando com certo sucesso em pacientes ainda no estágio inicial da doença pandêmica, ou, quando necessário, para tratar a pneumonia por covid-19. Nesses casos, tanto a cloroquina, quanto a hidroxicloroquina, têm sido associadas à **azitromicina**, a exemplo do que já vem fazendo o Hospital Israelita Albert Einstein, em nosso país.

Na França, o **Dr. Didier Raoult**, infectologista bastante conceituado no mundo inteiro, testou, em 80 pacientes, **hidroxicloroquina**, na dose de 600 mg por dia, durante dez dias, e **azitromicina** 250 mg, duas vezes no primeiro dia e depois uma vez por dia, durante cinco dias, e informa que o vírus do covid-19 desapareceu em seis dias

><http://www.leparisien.fr/societe/sante/coronavirus-didier-raoultinfectiologue-hors-normes-qui-pourrait-tout-changer-27-03-2020-8289366.php> >. Posteriormente, Denis Gastaldi, Jean-Jacques Erbstein e Olivia Vansteenbergh, respectivamente, médicos em Morhange, Créhange (Moselle) e Wormhout (North), especialistas franceses, testaram tais medicamentos, segundo disseram, em várias centenas de pacientes, obtendo resultados eficazes > <http://www.leparisien.fr/societe/sante/coronavirus-trois-medecins-generalistes-pensent-avoir-trouve-un-possible-remede-13-04-2020-8298963.php> >.

No Brasil, as medidas gerais para conter o avanço do covid-19, segundo o Ministério da Saúde, são: a) lavar as mãos frequentemente com água e sabonete por pelo menos 20 segundos, respeitando os 5 momentos de higienização; b) evitar tocar nos olhos, nariz e boca com as mãos não lavadas; c) evitar contato próximo com pessoas doentes; d) ficar em casa quando estiver doente; e) cobrir boca e nariz ao tossir ou espirrar com um lenço de papel e jogar no lixo; f) limpar e desinfetar objetos e superfícies tocados com frequência.

O primeiro caso de COVID-19, em nosso país, foi confirmado em 26 de fevereiro de 2020, após um homem de 61 anos, de [São Paulo](#), que retornou da [Itália](#), testar positivo para a SARS-CoV-2; mas há notícias de que, ainda em 28 de janeiro, o Ministério da Saúde confirmou três casos suspeitos da doença, em Belo Horizonte, Porto Alegre e Curitiba.

Visando combater a disseminação da doença, o governo federal sancionou a **Lei nº 13.979**, de 06.02.2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. No § 1º, do art. 1º, do diploma federal, está dito que o objetivo das medidas de emergência é a **proteção da coletividade**; já o seu § 2º informa que cabe ao Ministro da Saúde dispor **sobre a duração da situação de emergência** de saúde pública, cujo prazo, na forma do § 3º, não poderá exceder aquele recomendado pela Organização Mundial de Saúde – OMS.

A lei define a forma de **isolamento social** com separação de pessoas doentes, ou contaminadas, e estabelece uma **quarentena** com restrição de atividades e separação de **pessoas suspeitas** de contaminação do vírus.

Para enfrentamento da **emergência de saúde pública**, a lei também define **medidas complementares**, além do isolamento e quarentena, determinando, por exemplo, a **realização compulsória** de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras químicas, vacinação etc., um rol de medidas importantes.

No art. 3º, inciso VI, a mencionada **Lei nº 13.979, de 2020**, determina:

VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de:

a) entrada e saída do País; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

b) locomoção interestadual e intermunicipal;

(.....).

O mesmo **art. 3º, diz:**

§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

De esclarecer que a lei brasileira permite, com tais medidas, o **isolamento vertical**, o **isolamento horizontal** e a **quarentena**, na forma preconizada pelo **Regulamento Sanitário Internacional**, aprovado pela OMS, constante do Anexo I do **Decreto nº 10.212**, de 30.01.2020, sendo que o **isolamento horizontal** é medida recomendada para casos extremos, quando todos precisam ficar confinados em suas residências, independentemente de pertencerem ao grupo de risco, o que causa graves impactos na economia.

Há, ainda, **uma forma de isolamento forçado**, denominado **lockdown**. Este é o **isolamento social obrigatório**, que o Brasil ainda não adotou. O termo, no seu sentido original, significa manter os presos em suas celas para que seja restaurada a ordem no presídio após rebelião ou tumulto.

Aqui, no Brasil, **a maioria dos governadores e prefeitos**, os quais, nos estados e municípios adotaram medidas para enfrentamento do covid-19, **defende o isolamento horizontal**, que representa uma recomendação desses governos para que todas as pessoas, independentemente de pertencerem ao grupo de risco, fiquem em suas residências. Mas o **Ministério da Saúde**, ao elencar os **itens de prevenção do covid-19**, **não chega a recomendar o isolamento social horizontal**, uma vez que recomenda ficar em casa somente “quando (a pessoa) estiver doente” > <https://www.saude.gov.br/o-ministro/746-saude-deaa-z/46490-novo-coronavirusoquecausas-sintomas-tratamentoeprevencao-3> >.

Porém, estados como Rio de Janeiro e São Paulo, por exemplo, já veem praticando, por determinação dos seus governantes, um **ilegal** e, sem dúvida, **abusivo lockdown**, que os governantes negam mas que é visível em **atos de truculência da polícia**, a qual, a mando dos governadores **Wilson José Witzer** e **João Dória**, fecha vias públicas e obriga pessoas a saírem

das praias e ruas das cidades, restringindo assim a livre circulação da população e **desrespeitando o direito de livre locomoção no território nacional**, cláusula pétreia da [Constituição Federal](#) conferida ao cidadão (art. 5º, XV, da [CF](#)).

No Estado do Piauí, o município de Teresina desejava impedir o funcionamento da AMBEV S/A, indústria de cerveja, que teve as portas fechadas pela Prefeitura porque, segundo o órgão municipal, a empresa estaria descumprindo decreto de suspensão de atividades não essenciais, uma forma de combate à crise do coronavírus criada pelos governantes > <https://cidadeverde.com/noticias/321615/ambev-diz-que-vai-continuar-produzindo-cerveja-em-teresina> >. O gerente da cervejaria foi conduzido à Central de Flagrantes por descumprir o decreto do Município, porém o desembargador Raimundo Nonato da Costa Alencar, do TJ-PI, autorizou o funcionamento das atividades da indústria desde que fosse cumprido o decreto municipal com observância de certos detalhes. **A Prefeitura de Teresina recorreu da decisão** monocrática para o Supremo Tribunal Federal, através da **Suspensão de Segurança nº 5.362-PI, mas de nada adiantou**, visto que o Ministro Dias Toffoli, em outra decisão monocrática, manteve a decisão do desembargador piauiense acentuando que o Município não apresentou justificativa plausível que autorizasse “a imposição de restrições ao direito de ir e vir de quem quer que seja”, além do que “deveria ele estar respaldado em recomendação técnica e fundamentada da ANVISA, o que não ocorre na espécie”, concluiu > <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5888814> >.

É sabido, por outro lado, que os governantes veem impondo medidas de suspensão na circulação de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros, e suspensão de voos aéreos nacionais, obstaculizando necessidades de deslocamento das pessoas, **sem atentarem que estamos em tempo de paz** e não é possível, na forma da lei, tomar medidas que talvez se justificassem, em parte, somente após a decretação do **estado de defesa** (art. 136, da [CF](#)) ou **estado de sítio** (arts. 137 a 139, da [CF](#)), situação que não temos no Brasil.

Há, ainda, municípios que veem aplicando multa contra o comércio e a indústria, que eles pretendem fechar bradando estarem protegendo a coletividade contra o novo coronavírus! Desrespeitam, assim, o art. 5º, XIII, da [Carta Federal](#), *in verbis*:

XIII - e livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer
(.....).

Vivemos em uma Democracia, não podendo ser impostas às pessoas medidas de exceção que ferem diretos e garantias individuais a pretexto de se combater uma

pandemia que, até o momento, vem sendo controlada, e que, para ter validade legal, exigiria uma análise fundamentada e parecer técnico da ANVISA.

Cabe lembrar artigo de **J. R. Guzzo**, publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, edição de 25.03.2020, sob o título “**Tragédia**”, que dá muito bem a dimensão do drama humano vivido pelo povo brasileiro em momento tão difícil: “**O Brasil não é um país unido na guerra contra um inimigo comum. É um país dividido em facções – e quando essas coisas acontecem uma das primeiras vítimas é a liberdade de pensamento**”. (...) “Há uma verdade só, o confinamento máximo, e **quem discordar – ou meramente sugerir uma abordagem diferente – passa a ser tido como um inimigo público**” > <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tragedia,70003248219> >.

Sobre os governantes, esses que nada fazem pelo povo e começam e terminam mandatos, e às vezes nem os terminam, uma vez que trocam de cargos com a mesma facilidade com que trocam de roupa para estarem em reuniões a portas fechadas decidindo os destinos do cidadão submisso que precisa trabalhar para sustentar a família, mais uma vez precisamos ouvir o destemido jornalista **J. R. Guzzo**, no artigo “**Exageros**”, publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, edição de 01.04.2020: “A maioria da população, simplesmente, está com medo; não quer se contaminar, nem contaminar as pessoas queridas...” (...) “...um mínimo, mas realmente um mínimo, de honestidade, faria qualquer pessoa reconhecer que a **autoridade pública brasileira é geralmente um desastre – ou alguém, sinceramente, acha que não é?**” (...) “...a **população está sendo submetida a decisões que, muitas vezes, não têm nada a ver com as melhores regras para o combate da epidemia.**” (...) “A grande maioria tomou o partido que você sabe muito bem qual é: o que vai render mais vantagem política para quem dá as ordens.” (...) “Estamos assistindo a muitos dos piores momentos da nossa vida pública recente: um drama humano sem paralelo nas experiências do país ser tratado como um caso de marketing, de dígitos nas **redes sociais** e de bajulação desesperada aos meios de comunicação. A pergunta que interessa é: se eu fizer isso ou aquilo eu vou ser elogiado na mídia?” (...) “**Francamente: você confia, mesmo, no seu governador? E no seu prefeito?**” > <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,exageros,70003256816> >.

Mas ainda há aqueles, da parte do povo, ou da mídia, que acreditam e espalham ter havido uma **deliberada vontade divina** no que seria uma condenação vinda do alto para penalizar pessoas pelos seus pecados! É assim que a atriz **Fernanda Torres**, em artigo publicado no jornal “Folha de São Paulo”, edição de 22.03.2020, sob o título “**Ninguém sairá o mesmo desta quarentena**” > <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/fernandatorres/2020/03/ninguem->

[sairaomesmo-desta-quarentena.shtml](#) >, encaminha uma opinião desumana e cruel, e ainda posta como epígrafe no laborioso parto midiático sobre o novo coronavírus: **“Torço para que o coronavírus, a exemplo da peste negra, abrevie o obscurantismo medieval em que nos metemos”** > <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/fernandatorres/2020/03/ninguem-sairaomesmo-desta-quarentena.shtml> >. A atriz não parece sentir nenhum remorso quando diz, em tom de conclusão: **“...uma crise que mais parece lição divina”**.

Já o **Bispo Edir Macedo** se deu ao trabalho de produzir um vídeo na Internet para dizer que o **coronavírus** não passa de uma **“...tática, ou mais uma tática, de Satanás”** ! > <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2020/03/video-mostra-edir-macedo-dizendo-que-coronaviruseinofensivoeque-satanasemidia-promovem-medo.shtml> >.

Essas e outras **idiosincrasias**, diga-se assim, que não merecem acurada atenção do leitor bem informado, povoam infelizmente o imaginário de pessoas muito religiosas; mas não vão além de **superstições** próprias daqueles que se deixam enganar e não são capazes de analisar a realidade que os cerca.

Tenho convicção de que o novo **coronavírus** vai passar em breve e talvez, após cumprir o **seu curso natural**, como dizem os especialistas, não seja mais do que um capítulo na história das viroses em nosso planeta. E desejaria que as pessoas se permitissem um olhar realista sobre o vírus, que se encontra na Natureza e não pode ser contido por medidas de **rígido confinamento horizontal** ou de um **lockdown perverso**, que ocupa a cabeça de certos governantes que pretendem subjugar o povo em nome dos seus projetos pessoais. Evidente que pessoas do grupo de risco devem tomar certas precauções e precisam estar atentas a sinais claros da infecção virótica.

Contudo, o medo, o pavor ou o pânico em nada ajudam, visto que, como se trata de uma **doença contagiosa de origem externa**, cujo vírus está no ar que respiramos, fatalmente o covid-19 já está dentro dos nossos lares e, assim, estejam cientes, **ficar confinado na sua residência não evita a propagação do vírus**. Portanto, cabe e resta tomar as medidas profiláticas recomendadas pelo Ministério da Saúde e aguardar que o organismo seja capaz de combater o vírus através de anticorpos. Àqueles que possuem doenças pré-existentes, cabe procurar o médico ou o hospital para fazerem exames de rotina. E, no caso de apresentarem uma sintomatologia própria do covid-19, com alguma séria complicação, devem procurar com urgência o hospital e se tratar, sempre acreditando que a doença será vencida.

Que, todos, possam enfrentar, com responsabilidade e sem pânico, essa crise que se abate sobre o país, com a certeza de que esse momento vai passar, visto que muitos cientistas e epidemiologistas veem trabalhando arduamente para encontrar uma vacina capaz de combater,

eficazmente, o vírus. O **bom senso** é que **deve ditar o comportamento do brasileiro**. A propósito, desejaria que todos pudessem seguir o conselho do Dr. Draúzio Varella, médico oncologista e cientista brasileiro respeitado: "...tenha bom senso e procure informações em fontes confiáveis" > <https://drauziovarella.uol.com.br/videos/coronavirus-videos/bom-sensoefontes-confiaveis-coronavirus-2/> >.

Artigos de grande repercussão

Mentirinhas!... Mentiras!...

Mentiradas!...

Debora Balzan

Promotora de Justiça em Porto Alegre,
com atuação na Vara de Execução Criminal de Porto Alegre.

Artigo publicado em 16 de março de 2020 pela Tribuna Diária

Abraços, médicos, ativismo judicial, ministerial, grande imprensa, criminosos, congresso, tribunais superiores, pastoral carcerária... o que pode ter em comum cada palavra referida?

Há mais de 15 anos na labuta diária em Promotoria de Justiça de Execuções Criminais em Porto Alegre, estou quase entrando em colapso. Para quem tem um mínimo (juro, não precisa muito) de moralidade, por mais saúde física e mental, não é mole não. Nesses anos todos, não aguento mais esses abraços ao estilo Dráuzio, vindos de todos os cantos, para acalantar os criminosos. São abraços nos processos de cada um dos míseros condenados e azarados que têm de cumprir alguma ínfima parcela de pena presos, mesmo sendo vergonhosa a relação crime-castigo nessas terras.

Quase que sozinha (não é bacana nem simpático, tampouco ‘cool’ querer alguma força do Estado em cima de bandidos), o que mais pega em execução penal são palavras do tipo: cidadãos em situação de privação de liberdade, são bandidos que, de repente, querem trabalhar, querem registrar os filhos, querem ajudar as companheiras, ficam doentes mesmo muitas vezes sem laudo (pasmem até fotos de assistente social basta por vezes). Mulheres em visitas íntimas aos “companheiros” se encontram com mais de um preso, filhos são gerados nesse momento, sem vínculo nenhum, mas que depois, autorizam-se a entrada de crianças, de bebês, de adolescentes nesses locais para “manter o vínculo”, e com aplausos!

Vejam não estou generalizando, mas é assim, sim, a prática, em geral.

Muito bacana também é visto o engajamento de pessoas querendo ajudar esses desvalidos, seja aplaudindo lindos projetos de artesanato (juro, nada contra o artesanato), seja estimulando a leitura de livros que não foram lidos por quem “cobra” a ementa da leitura, sem lei prevendo, em um país onde o PISA demonstra a incapacidade dos alunos e também o nível do analfabetismo funcional, também há autoridades preocupadíssimas se tem tempero no feijão, se a água oferecida pode ser geladinha, há também os que preferem jogar futebol, levando inclusive seus filhos para desfrutarem de uma tarde com os criminosos. Há também as pessoas que se dedicam a uma sessão de cineminha no cárcere, com direito a pipoca, tudo para tornar lúdico o ambiente.

Não creiam que todos os estabelecimentos prisionais sejam os que a mídia mostra. Cada um com seus valores. No meio disso tudo há a Pastoral Carcerária, **que se dedica ao desencarceramento e nunca teve sequer a lembrança das vítimas**, aliás, como também não são lembradas pela maioria dos atores desse meio. Não sei exatamente que vínculos possui essa pastoral, mas há anos, só é vista a favor de bandidos e de buscar a simpatia de partidos e movimentos políticos revolucionários.

A verdade é que ninguém aguenta mais e aí vem um abraço cínico e uma pastoral de lobos!

Diante desse quadro de horror moral, a ponto de eu até hoje me sentir deslocada com essa gente, seja condenada ou não (mais até com os não-condenados), ter que ver a sociedade ainda ser presenteada com aquele abraço em programa de emissora que já há anos omite propositalmente a realidade, sendo um braço forte a serviço de ativismo político.

Não há mais abraço de verdade. Tudo de mentira. A Justiça, tão carente de verdade, respira por aparelhos, onde argumento, a forma, o politicamente correto valem mais do que os fatos concretos e a vida que as pessoas realmente vivem. Posso garantir, é muito, mais muito pior do que se sabe e do que se pode imaginar. Não sei até quando vou me manter nisso, seja por saúde ou seja por todo esse contexto maligno que envolve esse meio e a falta de comprometimento em realmente fazer a coisa funcionar.

Rezemos e precisamos fazer uma força-tarefa dos bons. Não confie apenas em cargos, em cursos, em muitas conversas. Tudo é muito mais simples...

A dificuldade está em tirar a cortina de mentira e desmascarar os falsos. Eles existem às pencas.

Desses falsos e maliciosos abraços estou farta. O povo de bem merece e precisa ter alguma dignidade de volta. Por mais verdade, por mais lei, por mais profissionais de verdade.

O sistema não está falido por conta do sistema, ele foi e está sendo falido por conta desses abraços e dessa gente que odeia o povo de bem e tem tara por bandido.

Não estou sozinha, mas afirmo com segurança, a maioria não está nem aí. Reunião, mesas redondas, ideias mirabolantes, mil explicações... essa gente quer mesmo é justificar o crime e salvar a pele do criminoso. Ninguém me tira da cabeça: diga-me com quem andas e dir-te-ei quem és. Sempre procuro saber a serviço de quem ou do quê alguém está. Meu filtro é o de todas as pessoas: saber a diferença entre o certo e o errado e punir o errado, nunca justificá-lo.

Quem justifica o crime, por ele tem simpatia e afinidade. Provo isso como os olhos, ouvidos, coração e racionalidade que minha condição humana me proporciona, todo santo dia.

Se o médico fosse médico, se o professor fosse professor e assim por diante, e quero dizer que se cada um apenas tratasse de fazer o seu ofício e dever, e bem, e não usasse como senha para outros fins, como suas ideologias e arrogâncias de mudar o mundo ou o caráter das pessoas, já haveria uma melhora abissal na vida das pessoas em geral...

Em tempos de mentiras... mentirinhas...mentiradas, acreditar em quem???

Silvio Munhoz

Procurador de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

Artigo publicado em 18 de março de 2020 pela Tribuna Diária

Os colunistas da Tribuna Diária não são mágicos, nem adivinhos, mas os indícios, a partir da estapafúrdia ideia lançada pela pastoral carcerária, e conhecendo a bandidolatria reinante no País, há várias décadas, eram suficientes para prever o CAOS, e o verdadeiro pandemônio gerado, em poucos dias.

O crescimento do Covid19 deveria, segundo os entendidos, ser exponencial, porém, o que ocorreu a partir daquela pequena chama lançada pela pastoral carcerária, que funcionou como um verdadeiro rastilho de pólvora, foi o exponencial crescimento de decisões, sob uma aura de proteção de direitos humanos (de propósito escrito com minúsculas, pois assim o é no Brasil, por só enxergar o lado do bandido), libertando criminosos de todas as bitolas, do ‘peixe’¹ traficante ao corrupto consagrado², passando pelo homicida, o estuproador, o larápio, tenham certeza, muitos poucos restarão encarcerados.

¹ <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/03/17/traficante-e-solto-no-rj-por-risco-de-contaminacao-de-coronavirus.ghml>

² <https://www.oantagonista.com/brasil/stj-manda-soltar-ex-secretario-nacional-de-justica-presos-pela-lava-jato/>

A pergunta é acreditar em quem? Nesse Brasil onde os senhores “em situação de redigir acórdãos”, acham que o povo é bobo e, continua podendo ser enganado impunemente...

Não, não acredite em quem chama de ‘Genocidas’³ os próprios colegas, que dentro da lei condenaram criminosos e determinaram a prisão, mas sofrem esse ataque gratuito, tão somente, para a pessoal satisfação, do autor da decisão, de ver criminosos nas ruas.

Não, não acredite em donos de supremas canetas, que com uma penada, e sem consultar seus pares, emite recomendação⁴, cujo teor permite a liberação de bandidos aos milhares, ignorando as advertências das autoridades da saúde, cujas recomendações são a quarentena, o isolamento, a tentativa de evitar contágio com pessoas infectadas.

Não, não acredite em supremas autoridades⁵, que atendendo pleitos de partido, com sabido viés de proteção a todo tipo de bandido (exceto, quanto atacam alguns de seus membros), usam o subterfúgio de fazer belas citações: ‘**com a lei, pela lei e dentro da lei; porque fora da lei não há salvação**’⁶, mas decide mandando ‘liberar geral’ e na, grande maioria, os pontos decididos não possuem qualquer amparo na lei.

Chega, não falarei mais em quem não devemos acreditar, pois são muitos e não quero cometer a suprema injustiça de omitir alguns, ficam os citados como exemplo.

Agora, pensem comigo... Quem garantiu a essas autoridades, que soltos – e serão soltos milhares – não entrarão em contato com pessoas contaminadas (e isso a reclusão ao cárcere evitava). Quem garante que, ao invés, do necessário isolamento (a que todos os cidadãos de bem estão, igualmente, submetido em maior ou menor escala) e a necessária quarentena serão observados pelos recém libertos. Quem lhes garante que, ao invés disto, não sairão pelas ruas, curtindo a liberdade, equivocadamente, conquistada a multiplicar seus crimes, trazendo mais pânico e pavor à população já apavorada com os riscos ocasionados pela possibilidade de exposição ao vírus.

Porém, caros leitores, nada disso me surpreende, o CoronaVírus foi só a desculpa para dar vazão à bandidolatria, e se não fosse o Vírus achariam outro motivo, pois os eternos defensores de bandidos estão e estarão sempre de plantão para aproveitar

³ <https://www.conjur.com.br/2020-mar-17/evitar-genocidio-desembargador-manda-30-prisao-domiciliar>

⁴ Recomendação no 62, de 17 de março de 2020, do CNJ, podendo ser encontrada no ‘site’ do Conselho Nacional de Justiça.

⁵ Decisão liminar na ADPF 347/DF, da lavra do Ministro Marco Aurélio.

⁶ Frase atribuída a Rui Barbosa, no ano de 1892, logo após a proclamação da República.

as oportunidades... Não conseguiram aceitar que seus mitos – em apenas um ano – foram desmascarados. Não conseguiram aceitar que se levando o combate à criminalidade a neutralização pela prisão a sério, rapidamente se consegue baixar os índices da criminalidade. Suprema desfeita para seus superiores intelectos que gestam grandes ideias, em torres de marfim, alheios à realidade das ruas...

Não tenho a mínima dúvida, caros leitores, a quem será atribuído o aumento – ele acontecerá, sem sombra de dúvida – dos índices de criminalidade com esse libera geral... Alguém tem dúvida???

Tempos estranhos... Será que ainda não perceberam que o povo não está mais caindo em suas esparrelas, pois hoje existem as redes sociais para denunciar suas atitudes oportunistas e seus propositais equívocos.

Acreditar em quem? Não esqueci minha própria pergunta.

Acredite em quem, mesmo em situações de crise, não esquece a sociedade. Como, por exemplo, no seguinte texto⁷: “considerando que a situação de criminalidade que atormenta o cidadão nas ruas é incompatível com a concessão de benesses penais não previstas em lei, e, que, em casos como o de risco à saúde pública, **a primazia da liberdade deve ser garantida a sociedade ordeira**, e não a criminosos ou eventuais suspeitos que, postos em liberdade indiscriminadamente, apenas contribuirão para o agravamento da situação de caos social, prevalecendo o interesse público sobre o privado”.

Acredite em quem, baseada nessas premissas, adota medidas de bom senso, amparadas nas recomendações da área da saúde e determina, ao invés de liberar geral, o óbvio⁸: “ficam suspensos, por 15 (quinze) dias, prorrogáveis a critério da direção do foro, o trabalho externo, as saídas temporárias e as visitas sociais e íntimas [...] como forma de evitar a contaminação dentro do estabelecimento prisional”.

Acredite em quem, mesmo em tempos de mordça, com desassombro diz as verdades⁹: “Colocar criminosos perigosos nas ruas é uma medida de bandidolatria e não de saúde pública. É uma medida oportunista em que os defensores de bandidos se aproveitam de uma pandemia, cuja letalidade é sentida em todo o mundo, para colocar gente mais perigosa e letal nas ruas”.

⁷ Portaria 008/TJMG/COMARCA BURITIS/2020, de autoria da Dr.^a Ludmila Lins Grilo.

⁸ Idem anterior.

⁹ Nota pública do Associação do Ministério Público Pró-Sociedade, podendo ser encontrada na página do Movimento.

Acredite em quem, sem peias e meias-verdades, diz o que precisa ser ouvido, no Brasil atual¹⁰: “A razão de estarem presos são as mesmas pelas quais não poderiam ser soltos: se descumpriram a lei de forma tão grave que os levou à prisão, com muito mais motivo não obedecerão a ordem de quarentena. Assim, esses criminosos (estupradores, homicidas, latrocidias, ladrões) estarão livres pelas ruas para não só praticarem seus crimes como também para espalharem a doença, já que são avessos à qualquer ordem social e à empatia com o próximo, o que será acentuado diante da sensação de impunidade. Se o criminoso foi preso porque não respeita a lei, solto não se espere que ele vá respeitar a quarentena”.

Está mais que na hora de no Brasil os ‘mocinhos’ e a sociedade começarem a virar o jogo, mantendo a bandidagem no lugar onde merece!..

De resto, caros leitores, **acredite em quem tem a coragem** de pronunciar a frase mais lúcida, dita em todo esse pandemônio criado a partir daquele inicial e isolado pedido da Pastoral Carcerária, o Ministro Sérgio Moro: “**Soltar presos por causa do novo coronavírus é oportunismo**”!...

¹⁰ Nota Pública do Fórum Nacional dos Juizes Criminais, FONAJUC. Podendo ser encontrada a nota completa na página do movimento.

Sobre a liberação da população carcerária

Renata Guarino

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - TJRJ.

Formada em Direito na UERJ.

Artigo publicado em 17 de março de 2020 pela Tribuna Diária

Circula, nos meios de comunicação, que a Pastoral Carcerária Nacional, vinculada à CNBB, elaborou carta aberta à população exigindo a adoção de medidas, dentre elas o desencarceramento de pessoas presas, sob o argumento de ser imperioso garantir um mínimo de dignidade considerando a entrada do vírus da covid-19 no país.

De fato, a situação é grave. O aumento do número de casos, aliado à disseminação global, implicaram na decretação de pandemia pela Organização Mundial da Saúde. Vários países já possuem o vírus em plena circulação, inclusive com transmissão comunitária. Com o Brasil não é diferente...

Conforme se extrai do site da pastoral social (carceraria.org.br), elencou-se como justificativa para o desencarceramento o caso do Irã: “...O Irã libertou, temporariamente, dezenas de milhares de prisioneiros, como medida para conter o avanço do vírus. Ora, se num dos países mais rigorosos em matéria de legislação penal essa medida aconteceu, por que ela não pode ser praticada no Brasil” (sic).

A premissa utilizada é equivocada. Considerando o risco que você pode correr caso a medida se concretize, sinto-me na obrigação de alertar e esclarecer devidamente os fatos. Os argumentos trazidos pela pastoral, assim como por organismos afins, não se sustentam. Motivos não faltam, vejamos.

No Irã, praticam crime muçulmanos que se convertem ao cristianismo. Aqueles, inclusive, podem ser condenados à pena de morte. Muitos cristãos foram sentenciados a longos

períodos de prisão. Assim, dentre os presos há pessoas que foram encarceradas por sua convicção religiosa.

Desta forma, não é difícil concluir que lá a população carcerária é composta por apenados por crimes menos graves se comparados com os do Brasil. Em caso de liberação de presos, o risco trazido à população iraniana que está fora das grades tende a ser consideravelmente menor do que no Brasil, em que os crimes que levam à prisão tendem a ser mais violentos.

Em nosso país, grande parte das pessoas presas foram condenadas pela prática de crimes de extrema gravidade, tais como tráfico de drogas, homicídio, estupro, além dos cometidos com violência ou grave ameaça. Lembro, ainda, que crimes mais brandos não levam ao cárcere e que contamos com uma taxa de reincidência elevadíssima, variando de 40 a 70%.

Ora, o desencarceramento dos presos que se encontram no regime fechado, nos termos vindicados pela Pastoral Carcerária, certamente fará novas vítimas, pessoas que devem ter os direitos constitucionais à vida e à segurança preservados.

Um outro motivo que constitui óbice ao desencarceramento reside na necessidade de se seguir os protocolos adotados por quem já saiu da epidemia. Os meios de comunicação repercutem que, ao contrário do Irã, a China já conta com decréscimo considerável de novas contaminações por covid-19. O sucesso chinês, segundo especialistas, decorreu da fixação de alguns protocolos, dentre eles o bloqueio de cidades, a quarentena, a utilização de drones com alto-falantes por policiais, para fiscalização da população e a construção de hospitais temporários.

Não é demais lembrar que, a despeito da contaminação de presos naquele país onde surgiu a epidemia (cerca de 500, conforme reportado em 21/02/2020 pelos órgãos de imprensa), não houve notícias de desencarceramento, permanecendo assegurado o protocolo de isolamento. Por outro lado, o país tomado como parâmetro pela Pastoral não é um caso de sucesso no enfrentamento pela pandemia. Hoje o Irã acumula 16.169 casos confirmados de contágio, dos quais 988 já resultaram em mortes de pacientes. Deveria ser esclarecido em que medida a libertação de presos no Irã, contribuiu para enfrentar a pandemia – e a saúde dos próprios encarcerados – naquele país. Pelo contrário, a medida enviou os presos ao convívio social, contrariando todas as recomendações de saúde pública.

A partir de tais reflexões, não há como concluir de maneira diversa:

Este é mais um exemplo - espero que não exitoso - de tentar justificar o injustificável!

Fina-estampa!

Silvia Regina Becker Pinto

Promotora de Justiça do MPRS aposentada, Docente Universitária e Advogada.

Publicado em 13 de fevereiro de 2020 pelo Leouve.com

O triplo homicídio ocorrido em Porto Alegre, em 26/01/2020, em razão de uma colisão no trânsito suscitou em mim um sem-número de sentimentos e inúmeras reflexões. Dizem que a mãe do matador se referiu aos fatos como uma ‘fatalidade’. Já eu me reservo o direito de me referir ao filho dela como um assassino covarde, com um pedido de que respeite ao menos a minha inteligência.

Só para lembrar, na ocasião, o matador portava uma arma ilícita. Matou, deliberadamente, três pessoas desarmadas. Se uma delas pudesse portar, licitamente, uma arma e a tivesse em mãos, é muito provável que tivesse possibilidade de reagir, de abater o matador “machão” e evitar alguma morte inocente.

Contudo, não é disso que quero falar. Hoje, quero abordar a situação das vítimas em geral em nosso sistema penal. “Coitadas”, é como as vejo, inclusive no sentido etimológico da palavra (de onde a palavra provém). E digo isso não penas porque, nos crimes de morte, não estão mais vivas para contarem suas versões, em detrimento de quase sempre serem apontadas como responsáveis pelo crime, mas, também, porque seus familiares, igualmente vítimas, têm pouca voz e vez no decorrer do processo.

Em 2008, a Lei 11.690/08 trouxe uma inovação na matéria, especialmente no artigo 201, §§ 2.º e 3.º, do Código de Processo Penal, para dizer, respectivamente, que “o ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem”, e que “as comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.” Na Lei Maria da Penha, há previsão semelhante.

Agora, pense numa legislação que “não pegou”! Ninguém, de regra, faz o que a lei manda nesse sentido, como ninguém, de regra, fiscaliza para que juízes e tribunais o façam, nos moldes dos §§ 2.º e 3.º do artigo 201 do Código de Processo Penal.

Por que, me pergunto, os Poderes Públicos se importam tão pouco com a vítima e seus familiares, especialmente em crimes brutais? Por que não lhes toca a dor que assola essas pessoas?

Você já assistiu a um vídeo chamado “Silenciados”? Não? Deveria assistir. Todo o juiz criminal deveria assisti-los várias vezes, para não serem demasiadamente protocolares. ([Clique aqui para ver](#))

Explico: ao aplicar a pena, na primeira fase do procedimento, o juiz deve ponderar, em relação à vítima, dois vetores: primeiro, se ela contribuiu para o desiderato criminoso (logo, de forma favorável ao acusado) e sobre as consequências do crime.

Nesse último aspecto, a postura geral chega ser risível, porque, ao longo dos meus mais de 30 anos de experiência jurídica, constatei que essa ponderação se resume a esta expressão: “as consequências do crime são as normais do tipo penal”, sem qualquer outra consideração de humanidade, em postura exatamente protocolar.

Vivemos importando tudo que não presta. O bom deixamos passar. Nos Estados Unidos, por exemplo, existe a figura do “*Testemunho de Impacto*”. Trata-se de uma manifestação escrita que os familiares da vítima podem ler ao condenado, mediante a qual eles podem desabafar, dizerem ao criminoso como o agir dele repercutiu em suas vidas, não raras vezes destruindo-as. Dizem os doutos que há um efeito pedagógico e psicológico extraordinário no *testemunho de impacto*, especialmente de fechamento de um ciclo, de um desabafo sem intermediários, uma simbologia no processo de recolher os pedaços e recomeçar a vida, se é que isso é possível.

Mas, no Brasil, a vítima e seus familiares não são mais do que figuras retóricas e inexpressivas que, essencialmente, pouca valia têm num processo penal de fina estampa infelizmente. Tanto é assim que nem a legislação protetiva, no que respeita à liberdade de seu algoz, é cumprida com rigor.

Sou favorável a que se respeite todas as garantias dos acusados em geral. Não há devido processo legal sem isso. Mas não posso concordar com um completo esquecimento dos que mais sofrem, sem opção ou escolha qualquer, as consequências do crime e da violência.

Você não soube me amar: polícia, intelectuais e ideologia

Roberto Motta

Empreendedor, professor, engenheiro, mestre em gestão, escritor e pai.
Ativista político e defensor da liberdade do indivíduo contra todas as tiranias.

Capítulo 18 do livro *Jogando para ganhar: teoria e prática da guerra política*/Roberto Motta; prefácio de Rodrigo Constantino; apresentações de Marcel van Hattem, Ubiratan Jorge Iorio, Francisco Razzo...[et al]. — São Paulo: LVM, 2018. 408 p. Bibliografia ISBN: 978-85-93751-34-9.

Cresci aprendendo que polícia é uma coisa ruim. No meu círculo social ninguém era policial. Polícia era para ser temida; delegacias eram lugares tenebrosos. O nome “camburão” inspirava imagens de regime militar e autoritarismo.

Na escola nunca me explicaram a função da polícia, como ela se organizava ou que benefícios ela gerava. Em absolutamente todos os livros, filmes, gibis, programas de televisão, peças de teatro e músicas que eu consumia polícia significava opressão, violação de direitos, extorsão ou tortura.

Nos mitos e lendas urbanas da minha adolescência, nos anos 70, os heróis eram foras-da-lei, marginais ou “guerrilheiros”, santificados por uma suposta rebeldia contra o “sistema”. E o sistema era, principalmente, a polícia. Era bonito enganar “os ômi”. Era bonito ser bandido. Uma das obras de Hélio Oiticica mostrava o bandido Cara-de-Cavalo, famoso nos anos 60, estendido no chão. Título da obra: “Seja Marginal, Seja Herói”.

Não me esqueço de quando o pai de uma antiga namorada me contou, com orgulho, como tinha resolvido o problema de um sobrinho bêbado, que tinha causado um acidente envolvendo vários carros. “Conversei com o delegado”, dizia ele, sem deixar dúvidas sobre que tipo de conversa tinha sido aquela.

No final da minha adolescência Brizola chegou ao governo do Rio, e a mídia formou um bloco sólido dedicado a denunciar, sem tréguas, a violência e a corrupção da polícia. Os relatos de

peças mortas por policiais, presas sem razão ou torturadas enchem os jornais. Nossos heróis eram os que enfrentavam, desmascaravam e derrotavam a polícia: os militantes de esquerda, os sociólogos, os jornalistas, os donos de ONGs e a Anistia Internacional.

Nunca, jamais, em tempo algum, da minha infância até os meus 27 anos, eu vi alguém defendendo ou elogiando a polícia. Nunca ouvi alguém explicando que a polícia era necessária e que, na maior parte dos casos, cada sociedade tem a polícia que deseja. Tive que mudar de país para ver isso.

Fui morar nos EUA e descobri que a polícia é um dos fundamentos de uma sociedade livre. Nenhuma polícia – nem as dos Estados Unidos – é formada por santos. Basta lembrar a história de Serpico (1), ou entender como as delegacias americanas na virada do século XIX para o XX eram centros de corrupção e uso político da força (2). Corrupção e abuso existem em todas as instituições. A polícia reflete a sociedade que a criou.

Nos EUA o policial mora ao seu lado. No Brasil, em geral, ele mora em um subúrbio longínquo, ou em uma “comunidade carente” (eufemismo para favela), ao lado de criminosos. Os policiais do Rio de Janeiro escondem a identidade funcional fora de serviço, temendo a morte certa se abordados por bandidos.

A transformação da polícia dos EUA em força em defesa da cidadania começou quando os salários se tornaram decentes. No Brasil, a vasta maioria dos policiais tem um segundo emprego – o “bico” – sem o qual é impossível se sustentar.

Voltei para o Brasil entendendo para que serve a polícia, e cheio de perguntas. A polícia nos EUA é essencialmente municipal. Por que no Brasil é apenas estadual e federal? A lei penal dos EUA também é estadual. Por que no Brasil é federal? O trabalho policial no Brasil é dividido entre duas forças. Uma patrulha as ruas – a Polícia Militar – e a outra investiga os crimes – a Polícia Civil. Por quê? Nunca me explicaram isso, na escola, na faculdade ou em outro lugar qualquer.

Tive que estudar para entender como funciona – ou não funciona – nossa polícia, a justiça criminal e o sistema penitenciário. O que vi me deixou horrorizado. Não vou repetir aqui as estatísticas que todos já deveriam conhecer (3). O que eu quero saber é: porque a sociedade brasileira tem ojeriza aos policiais, se eles são nossa última defesa contra a barbárie?

Todos viram na TV as decapitações e os churrascos humanos das rebeliões dos presídios. Essa turma faz isso preso; imagine o que não farão soltos nas ruas. Quem vai enfrentar esse tipo de gente?

Vocês viram os saques do Espírito Santo? O mesmo aconteceu nos EUA, depois do furacão Katrina. É da natureza humana. Quem vai às ruas, arriscar sua vida, para controlar uma situação como essa?

Como podemos ter, um dia, uma polícia decente, se a opinião unânime da mídia, da academia e dos intelectuais é que polícia é uma coisa ruim e os criminosos são pobres vítimas da sociedade?

Por que tanta gente sensata e preparada se mobiliza com o “drama” dos criminosos presos, mas é insensível ao drama de uma sociedade onde todos já foram assaltados e vivem com medo? Por que achamos que alguém ser assaltado, agredido, roubado de sua propriedade ou até morto, é justo e compreensível à luz da “justiça social”?

Que perversão moral e intelectual é essa?

Todos odeiam a Polícia Militar. Mas todos querem um PM por perto. O efetivo do Rio de Janeiro é de aproximadamente 50 mil policiais, mas apenas uma pequena parte está nas ruas combatendo o crime porque há os inúmeros policiais realizando serviços administrativos, tocando na banda da PM, cedidos à Secretaria de Segurança, aos tribunais, ao Ministério Público, aos palácios e aos Municípios.

Todos odeiam a PM, mas todo mundo quer um PM para chamar de seu.

Não escrevo um tratado de sociologia de botequim. Esse campo já foi ocupado por “especialistas” como D. Julita “Acaju” Lemgruber, Inácio Entrei-Pelo-Cano e toda a turma do Fórum Nacional Esquerdista de Segurança Pública. A única questão que pretendo colocar é essa: se a polícia é um dos fundamentos de uma sociedade civilizada, por que a desprezamos tanto?

Se tratamos a polícia como lixo, quem vai nos proteger?

Há muitos anos os Titãs, uma das melhores bandas de rock, compôs a música Polícia, cujo refrão era “polícia para quem precisa, polícia para quem precisa de polícia”. Alguns anos depois a namorada do baterista Charles Galvin, foi sequestrada e levada para um cativo na favela do Vidigal.

Adivinhe quem a libertou do cativo?

Não foi o Batman.

Não foi o Che Guevara.

Não foi a Julita Lemgruber.

Ela foi libertada por agentes da divisão Antissequestro.

Ela foi libertada – imaginem vocês – pela polícia.

A única garantia da liberdade e da vida é a força das armas nas mãos das pessoas corretas.

O resto é veneno ideológico de quem ganha vida explorando a ignorância e a compaixão dos inocentes.

(1) https://en.wikipedia.org/wiki/Frank_Serpico

(2) Policiamento Moderno, Michael Tonry e Norval Morris, USP/Ford Foundation

(3) 65 mil assassinatos por ano, dos quais 95% nunca são esclarecidos