

Revista do Ministério Público Militar

**Brasília – DF
2019**



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

Jaime de Cassio Miranda

Vice-Procurador-Geral de Justiça Militar

Roberto Coutinho

Coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão do MPM

Clauro Roberto de Bortolli

Corregedor-Geral do MPM

Giovanni Rattacaso

Conselho Editorial

Helena Mercês Claret da Mota

Conselheira-Coordenadora

Adriano Alves Marreiros

Promotor de Justiça Militar

Claudio Martins

Promotor de Justiça Militar

Romana de Castro

Secretária

Revista do Ministério Público Militar

**Ano XLV – Número 30 – Abril de 2019
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 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 44, n. 30
(abr. 2019) – 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

Apresentamos mais uma edição da Revista do MPM. Neste mês, o atual Conselho Editorial encerra seu mandato de 2 anos, com a publicação de um pedaço da história deste periódico, que teve o início de suas atividades em 1974.

Tecemos nossos agradecimentos à promotora e conselheira-coordenadora, Helena Mercês Claret da Mota; aos promotores e conselheiros Adriano Alves Marreiros e Claudio Martins; e à secretária Romana de Castro pelo brilhantismo na condução dos trabalhos do Conselho Editorial do MPM, inclusive com a adoção de medidas criativas para driblar problemas advindos da conjuntura atual de contenção orçamentária. Nesse sentido, uma das soluções foi a criação do site oficial da Revista do MPM, que resultou em economia de custos com a publicação impressa.

O Ministério Público Militar enaltece iniciativas como essa por acreditar que, não somente em situações de crise econômica, mas em qualquer circunstância, o gestor de órgãos públicos tem por dever zelar pelos gastos e pelo patrimônio do Estado. Estamos vivenciando um momento de despertar da consciência, em que, cada vez mais, espera-se a devida responsabilidade dos ocupantes de cargos públicos.

Esta edição traz vários temas importantes e atuais como o Projeto de Lei Anticrime, a liberdade de expressão, o combate ao

terrorismo, o julgamento de civis perante a Justiça Militar, a descriminalização do aborto, entre outros.

Agradecemos a todos os autores que colaboram com suas pesquisas para a Revista do MPM, sem os quais esta publicação não seria possível. Pedimos que continuem enviando seus artigos, para que o conhecimento não se perca, mas que seja retransmitido a mais e mais estudiosos do direito. Tenham todos uma boa leitura!

Jaime de Cassio Miranda

Procurador-Geral de Justiça Militar

Editorial

Com a presente edição, a atual formação do Conselho Editorial do Ministério Público Militar encerra seu mandato de dois anos.

No período lançamos, de forma inédita, quatro edições da Revista do MPM. Isso foi possível porque criamos as edições digitais da Revista, que, somadas às tradicionais edições impressas, abriram a possibilidade de difundir o conhecimento científico de forma ampla, através da mídia eletrônica com a qual vivemos no nosso dia a dia. Destacamos, ainda, que as edições digitais eliminaram o custo da impressão, sendo, por tal motivo, o modelo que deverá ser adotado para as próximas edições

E não poderia ser diferente. Afinal, no mesmo período, tanto no âmbito do Ministério Público Militar quanto na Justiça Militar da União, nós nos despedimos do papel. Nas atividades meio e fim, o que antes era a constante pilha de papel em nossas mesas, hoje, são documentos eletrônicos que acessamos nos computadores, tablets e smartphones.

Também de forma inédita, com o apoio do Procurador-Geral de Justiça Militar, realizamos o seminário “Crime militar após a Lei nº 13.491/2017”, que culminou no lançamento de uma edição especial da Revista, a Edição nº 29, uma edição temática, composta por artigos de autores que contribuíram para o debate sobre nova lei.

Devemos mencionar ainda, a criação do site da Revista do MPM. Através do endereço <https://revista.mpm.mp.br/>, é possível acessar integralmente todas as edições da Revista. E, como cada tipo de periódico, impresso ou eletrônico, deve receber um número específico de ISSN pelo IBCT – Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, conquistamos o identificador ISSN número 2596-1608, próprio para a Revista do MPM online.

Tais feitos visam postular para a Revista do MPM a elevação do grau de avaliação Qualis, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), o que, sem dúvida, é um engrandecimento para nossa instituição e um incentivo aos autores que pretendam publicar artigos na Revista.

Por fim, é preciso destacar o apoio prestado pela Secretaria do Conselho Editorial, pela ASCOM (Assessoria de Comunicação Institucional) e pelo DTI (Departamento de Tecnologia da Informação) para o êxito, nesta gestão, das decisões do Conselho Editorial, o qual se fortalece como órgão de publicações do Ministério Público Militar.

Conselho Editorial 2017-2019

Sumário

- Caso Vladimir Herzog e outros vs. Brasil: análise da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) (*Jaime de Cassio Miranda; Marcelo Kaiser Guimarães; Karolyne Christina Queiroz Leite*), pp. 13-42
- O excesso nas causas justificantes e a nova proposta legislativa (*Anderson Batista de Souza*), pp. 43-62
- Direito penal do bem jurídico: legitimidade da construção típica dos delitos de perigo na Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto (Lei de Combate ao Terrorismo) (*Diego Pessi*), pp. 63-72
- Liberdade de expressão e Direito Penal: análise comparativa do uso de sanções criminais para conter abusos no discurso sob a ótica das cortes interamericana e africana de Direitos Humanos (*Thomaz Fiterman Tedesco*), pp. 73-104

- Crime doloso contra vida de civil: questões controvertidas e soluções quanto ao § 1º do artigo 9º pós Lei 13.491/2017 (*José Osmar Coelho Pereira Pinto*), pp. 105-122
- O cárcere das Forças Armadas e suas particularidades (*Guilherme Vieira Marques*), pp. 123-152
- Uma análise constitucional acerca do julgamento de civis perante a Justiça Militar da União (*Luiz Filipe Ribeiro Bizigato; Christiany Pegorari Conte*), pp. 153-182
- Crimes militares no âmbito da Operação Carro-pipa: alguns casos e reflexões (*Lúcio Gonçalves Brasil Neto*), pp. 183-206
- Denúncia caluniosa, Ministério Público e O Processo (*Adriana Santos*), pp. 207-258

Jurisprudência comentada

- O Supremo Tribunal Federal como superego da sociedade: análise crítica do habeas corpus nº124306, em que se defende a descriminalização do aborto para gestações no primeiro trimestre (*Katiuscia Cristine Siqueira de Pontes*), pp. 261-274
- A desnecessidade de dolo específico para a consumação do crime de dispensa ou de inexigibilidade ilegal de licitação, previsto no artigo 89 da Lei nº 8.666/93, sob a ótica da dimensão positiva do princípio da proporcionalidade aplicado à Justiça Militar da União – vedação à proteção penal deficiente (*Wendell de Melo Rodrigues Alves*), pp. 275-298

Artigos de grande repercussão

- O açodamento em criticar o Projeto Anticrime e a demonização da polícia (*Silvio Miranda Munhoz*), pp. 301-306

- Os velhos crucifixos e os novos vampiros (*Percival Puggina*), pp. 307-310
- Hospital Geral (*Fabio Costa Pereira*), pp. 311-312

Uma decisão para reflexão

- Ocorrência nº 278/152907/2019 (*Thiago Dias da Cunha*), pp. 315-318

Caso Vladimir Herzog e outros vs. Brasil: análise da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)

Jaime de Cassio Miranda

Procurador-Geral de Justiça Militar

Marcelo Kaiser Guimarães

Chefe da Assessoria Jurídica do PGJM

Karolyne Christina Queiroz Leite

Assessora Jurídica do PGJM

RESUMO: O Estado brasileiro foi declarado responsável, no dia 15 de março de 2018, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que julgou o Caso Vladimir Herzog e outros vs. Brasil. Os fatos referem-se à morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorrida dentro do DOI-CODI, no dia 25 de outubro de 1975, sob a égide do regime militar. O presente artigo tem por objetivo o estudo do capítulo da sentença relativo à obrigação do Estado brasileiro de reiniciar a investigação e o processo penal, em tese, cabíveis, e busca identificar a justiça brasileira competente para eventual reinício da persecução penal, passando por indispensável análise histórica da Justiça Militar da União e do Ministério Público Militar. E, chegando no ponto focal da pesquisa, enfrenta-se a responsabilização penal dos agentes apontados na sentença em face dos institutos da anistia e da prescrição.

PALAVRAS-CHAVE: Caso Vladimir Herzog. CIDH. Sentença condenatória. Reinício da persecução penal. Competência interna. Justiça Militar da União. Ministério Público Militar. Responsabilização penal. Lei da Anistia. Prescrição.

ENGLISH

TITLE: Case Vladimir Herzog and others *vs.* Brazil: Analysis of the sentence passed by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR).

ABSTRACT: The Brazilian State was sentenced on March 15, 2018 by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), which adjudicated the Vladimir Herzog case and others *vs.* Brazil. The facts refer to the death of the journalist Vladimir Herzog, which took place within the DOI-CODI, on October 25, 1975, under the aegis of the military regime. The purpose of this article is to study the chapter of the sentence regarding the obligation of the Brazilian State to reopen the investigation and the criminal procedure and identify the Brazilian justice competent for eventual resumption of criminal prosecution. It also intends to present a history of the Federal Military Justice and of the Military Public Prosecution and to analyze the criminal responsibility of the agents before the institutes of amnesty and the statute of limitation.

KEYWORDS: Vladimir Herzog case. IACHR. Sentence. Resumption of criminal prosecution. Internal competence. Military Public Prosecution. Criminal responsibility. Amnesty Law. Statute of limitation.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Da Competência da Justiça Militar da União no Caso Vladimir Herzog – 3 Da Justiça Militar da União e do Ministério Público Militar na época dos fatos e na atualidade – 4 Da responsabilização penal dos agentes – 5 Da Lei da Anistia – 6 Da prescrição da pretensão punitiva – 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Em 15 de março de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) julgou o Caso Vladimir Herzog e outros *vs.* Brasil, proferindo Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, da qual notificou o Estado brasileiro, em 4 de julho de 2018, da sua responsabilidade.

Trata-se de decreto condenatório que “se refere à suposta responsabilidade internacional do Estado [brasileiro] pela situação de impunidade em que se encontram a detenção arbitrária, a tortura e a morte do jornalista (...), ocorridas em 25 de outubro de 1975, durante a ditadura militar”.

Em síntese, quanto à parcela da sentença que interessa ao sistema criminal brasileiro, a Corte declarou que:

3. O Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e em relação aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em prejuízo de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog, pela falta de investigação, bem como do julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog, cometidos em um contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil, bem como pela aplicação da Lei de Anistia N.º 6683/79 e de outras excludentes de responsabilidade proibidas pelo Direito Internacional em casos de crimes contra a humanidade, nos termos dos parágrafos 208 a 312 da presente Sentença. (destacou-se)

Assim, dispôs que:

7. O Estado deve reiniciar, com a devida diligência, a investigação e o processo penal cabíveis, pelos fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975, para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis pela tortura e morte de Vladimir Herzog, em atenção ao caráter de crime contra a humanidade desses fatos e às respectivas consequências jurídicas para o Direito Internacional, nos termos dos parágrafos 371 e 372 da presente Sentença. Em especial, o Estado deverá observar as normas e requisitos estabelecidos no parágrafo 372 da presente Sentença. (destacou-se)

O parágrafo 372 da sentença estabelece que o Estado brasileiro deverá:

a) realizar as investigações pertinentes, levando em conta o padrão de violações de direitos humanos existente na época (par. 238 a 240 supra), com o objetivo de que o processo e as investigações pertinentes sejam conduzidos em consideração à complexidade desses fatos e ao contexto em que ocorreram;

b) determinar os autores materiais e intelectuais da tortura e morte de Vladimir Herzog. Além disso, por se tratar de um crime contra a humanidade, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, assim como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade, para escusar-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 260 a 310 desta Sentença;

c) assegurar-se de que:

I) as autoridades competentes realizem as investigações respectivas *ex officio*, e que, para esse efeito, tenham a seu alcance e utilizem todos os recursos logísticos e científicos necessários para coletar e processar as provas e que, em especial, tenham a faculdade de acessar a documentação e as informações pertinentes para investigar os fatos denunciados e levar a cabo, com presteza, as ações e averiguações essenciais para esclarecer o sucedido à pessoa morta e aos desaparecidos do presente caso;

II) as pessoas que participem da investigação, entre elas os familiares das vítimas, as testemunhas e os operadores de justiça, contem com as devidas garantias de segurança; e

III) as autoridades se abstenham de obstruir o processo investigativo.

d) assegurar o pleno acesso e capacidade de agir das vítimas e seus familiares, em todas as etapas dessas investigações, de acordo com a legislação interna e as normas da Convenção Americana; e

e) garantir que as investigações e processos pelos fatos do presente caso se mantenham, em todo momento, sob conhecimento da jurisdição ordinária.

Com a notificação do Brasil pela Secretaria da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a Procuradoria-Geral da União elaborou parecer técnico a partir da análise da sentença condenatória, no qual defendeu teses bastante controvertidas, como a exigibilidade da sentença internacional, o caráter de crime contra a humanidade, imprescritibilidade e a inaplicabilidade da Lei da Anistia (Parecer 00298/2018/PGU/AGU).

E é sobre essas controvérsias jurídicas que circundam o Caso Vladimir Herzog, destacadas na sentença internacional e no parecer da Procuradoria-Geral da União, que o presente artigo ocupar-se-á, trazendo um olhar na perspectiva do Ministério Público Militar e fornecendo subsídios teóricos e práticos para uma abalizada “segunda opinião”.

2 DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO NO CASO VLADIMIR HERZOG

A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ressalta que “Os fatos descritos não deixam dúvidas quanto a que a detenção, tortura e assassinato de Vladimir Herzog foram, efetivamente, cometidos por agentes estatais pertencentes ao DOI/CODI [Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna] do II Exército de São Paulo”.

E, apesar de determinar, no parágrafo 372, alínea *e*, que “as investigações e processos pelos fatos do presente caso se mantenham, em todo momento, sob conhecimento da jurisdição ordinária”, é forçoso concluir, como destacou a Procuradoria-Geral da União ao remeter o feito ao Ministério Público Militar, que o processo e julgamento de crimes em tese cometidos contra Vladimir Herzog, inclusive o de homicídio, por força do que dispõem a alínea *b* do inciso II do art. 9º e seu § 2º, com a redação dada pela Lei 13.491/2017, são de competência da Justiça Militar da União.

O que se percebe é que ressalvas como a que foi feita pelo parágrafo 372, alínea *e*, da sentença em exame, a rigor, e com as devidas vênias ao entendimento da CIDH, derivam de uma visão deturpada do que de fato é e representa a Justiça Militar brasileira e da desconsideração de que o contexto em que praticados os crimes à época e em que apurados os fatos não mais subsiste no âmbito das Forças Armadas, na Justiça Castrense e no Ministério Público Militar, conforme expõe-se a seguir.

3 DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR NA ÉPOCA DOS FATOS E NA ATUALIDADE

As condições históricas que remontam à data dos fatos, 25 de outubro de 1975, ou ainda à data em que arquivado o Inquérito Policial Militar 1.173/1975, referente às “circunstâncias do suicídio do jornalista Vladimir Herzog”, são bem distintas das contemporâneas à prolação da sentença pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Naquela época, o Brasil vivenciava um regime militar, de modo que a Justiça Militar, embora vocacionada historicamente ao processamento e julgamento de crimes militares, passou a julgar também crimes de atentado contra a segurança nacional e contra a probidade administrativa. Foram, ainda, “suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo”, por força do art. 6º do Ato Institucional 5 (AI-5), de 13 de dezembro de 1968.

Com isso, o Presidente da República poderia, “mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo”, consoante previsão do § 1º do mesmo dispositivo do AI-5, que, a propósito, vigeu até dezembro de 1978, demarcando o período mais duro do regime militar.

Com a instauração da nova ordem constitucional, encetada pela promulgação da Constituição da República de 1988, em 5 de outubro de 1988, não obstante a Justiça Militar ter permanecido com a mesma estrutura do período do regime militar, houve a ampliação das garantias e prerrogativas dos juízes e dos membros do Ministério Público Militar, fortalecendo a imparcialidade e a independência das instituições em prol da realização da justiça.

Desde então, a submissão de militares à Justiça Castrense constitui garantia de que suas ações sejam apreciadas e julgadas por ramo do Poder Judiciário pátrio criado pelo poder constituinte originário justamente para cuidar de matérias dessa natureza, jamais podendo ser vista como a fixação de um “foro privilegiado”.

Na verdade, vê-se comum o desconhecimento do funcionamento, da estrutura e da composição da Justiça Militar da União, que é o ramo do Poder Judiciário responsável pela composição das lides penais militares. Ignora-se, em críticas descabidas, e muitas vezes até de forma proposital, que desse ramo também se exige, naturalmente, o respeito a todas as garantias previstas no art. 5º da Constituição da República e, em especial, à publicidade dos julgamentos, ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, bem como ao duplo grau de jurisdição.

E, a respeito do sistema de escabinato, sobre o qual foi erguida a Justiça Militar, cumpre destacar que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* 115.530/PR, da relatoria do Ministro Luiz Fux, em 25 de maio de 2013, reconheceu sua constitucionalidade:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. CRIME DE USO E POSSE DE ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR (CPM, ART. 290). ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL MILITAR (LEI N. 8.457/92). IMPROCEDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE GARANTIAS PRÓPRIAS E IDÔNEAS À IMPARCIALIDADE DO JULGADOR. SIMETRIA CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DO FATO CRIMINOSO. COMPROVAÇÃO DO ILÍCITO POR LAUDO PERICIAL SUBSCRITO POR UM ÚNICO PERITO. VALIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 361 DO STF. PERITO OFICIAL. PRECEDENTES. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AÇÃO PENAL Nº 528). ORDEM CONCEDIDA.

1. A Lei nº 8.457/92, ao organizar a Justiça Militar da União criando os Conselhos de Justiça (art. 1º c/c art. 16) e confiando-lhes a missão de prestar jurisdição criminal, não viola a Constituição da República ou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), porquanto assegura a seus respectivos membros garantias funcionais idôneas à imparcialidade do ofício judicante, ainda que distintas daquelas atribuídas à magistratura civil.

2. O Enunciado nº 361 da Súmula da Jurisprudência Dominante do Supremo Tribunal Federal não é aplicável aos peritos oficiais, de sorte que, na espécie, exsurge válido o laudo pericial assinado por um só perito da Polícia Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: HC 95595, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 04/05/2010. HC 72921, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 21/11/1995).
3. O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal, sendo certo que tal prática, benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais em trâmite perante a Justiça Militar, em detrimento do previsto no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69, como corolário da máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º LIV) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, caput). Precedente do Supremo Tribunal Federal (Ação Penal nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 24/03/2011, DJe-109 divulg. 07-06-2011).
4. *In casu*, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército (5ª CJM) rejeitou, 27/02/2012, o requerimento da defesa quanto à realização do interrogatório do paciente ao final da sessão de julgamento, negando aplicação do art. 400 do Código de Processo Penal, o que contraria a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
5. Ordem de *habeas corpus* concedida para anular os atos processuais praticados após o indeferimento do pleito defensivo e permitir o interrogatório do paciente antes da sessão de julgamento, com aplicação subsidiária das regras previstas na Lei nº 11.719/08 ao rito ordinário castrense.

Colhe-se do inteiro teor do julgado o seguinte:

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Inicialmente, rejeito a arguição de inconstitucionalidade da Lei nº 8.457/92, que, ao organizar a Justiça Militar da União, criou os Conselhos de Justiça (art. 1º c/c art. 16) confiando-lhes a missão de prestar jurisdição criminal militar, sem, no entanto, assegurar a seus respectivos membros garantias funcionais idênticas às da magistratura civil. Entendo que a independência dos juízes militares é assegurada, na hipótese, por mecanismos diversos e peculiares, porém igualmente idôneos a promover a isenção necessária ao escorreito ofício judicante. Cito, ilustrativamente, o próprio critério de sorteio

como mecanismo para a definição dos militares que ocuparão o cargo julgador (*ex vi* do art. 18 da Lei nº 8.457/92), a *vitaliciedade* que lhes é assegurada pelo mesmo dispositivo legal, bem como o imperativo de que, no exercício de suas atribuições, “o juiz não deverá obediência senão, nos termos legais, à autoridade judiciária que lhe é superior” (art. 36, §2º, da Lei nº 8.457/92).

Reforça o ponto o bem-lançado argumento do MPF quanto à *simetria constitucional* do modelo erigido pelo legislador ordinário. Transcrevo o raciocínio na íntegra:

“De outra senda, o paralelo entre a formação do aludido Conselho (art. 16, b, Lei n.º 8.457/1992) e o dispositivo constitucional que define a composição do Superior Tribunal Militar revela que, ao organizar a Justiça Militar da União, o legislador ordinário atendeu ao princípio da simetria constitucional, pois, assim como na composição do Conselho, o Superior Tribunal castrense é formado, à razão de dois terços, por oficiais das Forças Armadas. Senão, vejamos:

‘Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.’ (grifos no original).

Por essas razões, não vislumbro qualquer inconstitucionalidade da Lei nº 8.457/92 e, portanto, indefiro o primeiro pedido veiculado na impetração.

Ressalta-se que a Justiça Militar da União, com assento constitucional (arts. 122 a 124), diferentemente do que ocorre em muitos outros países, é um órgão civil e integrante do Poder Judiciário, instituído em caráter permanente e regular. Com isso, é determinante afirmar que não configura um tribunal de exceção ou uma corte marcial submetida às instituições militares, tampouco se enquadra no conceito de “foro privilegiado”, como se fosse uma “justiça dos militares”.

A composição da Justiça Militar no Brasil, tanto estadual quanto federal, tem natureza mista, formada por juízes civis de carreira, aprovados por concurso público, e por juízes militares. Assim como os demais ramos do Poder Judiciário no Brasil, a Justiça Militar dispõe de Corregedorias e de Ouvidorias para acesso

direto da sociedade, além de estar sujeita a um controle externo, que é exercido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A defesa dos réus também é exercida por civis, defensores públicos ou advogados constituídos.

Aos Juízes togados são conferidas todas as garantias previstas no art. 95 da Constituição da República, aplicando-se-lhes as mesmas vedações que são impostas a todos os membros do Poder Judiciário brasileiro.

A seu turno, os Juízes militares, que integram os Conselhos Permanente e Especial de Justiça, são sorteados entre oficiais de carreira, “com vitaliciedade assegurada”, nos termos do art. 18 da Lei 8.457/1992, sendo substituídos apenas nas hipóteses previstas no art. 31 desse diploma legal. Aliás, a vitaliciedade dos oficiais das Forças Armadas é um imperativo constitucional, na medida em que somente perderão o posto “por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra” (art. 142, § 3º, VI, da CRFB/1988).

Como órgão de acusação no sistema judiciário penal militar, figura igualmente uma instituição permanente e de natureza civil, o Ministério Público Militar, previsto constitucionalmente (art. 128, I, c, da CRFB/1988), constituído sob os princípios insculpidos no art. 127 da Constituição e integrado por membros que ingressam em seus quadros por concurso público de provas e títulos e que contam com as garantias e vedações comuns aos demais membros do Ministério Público brasileiro.

Convém destacar, outrossim, que a Subcomissão de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) realizou estudos sobre a administração das Justiças Militares, por meio de grupo dirigido por Emmanuel Decaux.

Nesse trabalho, foram elencados vinte princípios que deveriam ser observados para o funcionamento das Justiças Militares, dos quais se destacam: (a) a Justiça Militar deve ter sua origem na Constituição e integrar o sistema judiciário; (b) garantia do devido processo legal e observância das normas e procedimentos reconhecidos pelo Direito Internacional, mesmo em períodos de exceção ou na situação de catástrofe natural ou de um perigo público excepcional; (c) a publicidade como regra e não o segredo de justiça; (d) as

medidas cautelares restritivas de liberdade não podem ser secretas, tanto quanto à identidade das pessoas como ao local da detenção; (e) garantia do exercício do *habeas corpus* a todos aqueles privados de liberdade; (f) existência de um Tribunal competente, independente e imparcial, vedada, em todo caso, a atuação de “juízes sem rosto” ou de promotores secretos; (g) acesso ao processo pelas vítimas; (h) direito a recursos a tribunais comuns; (i) proibição da pena de morte; e (j) revisões periódicas da legislação penal castrense.¹

Desses princípios, praticamente todos são atendidos pela Justiça Militar brasileira.

No mesmo sentido, o Ministro do Superior Tribunal Militar Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, ao comentar os resultados do Seminário Internacional realizado pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, no Palácio do Itamaraty, em Brasília/DF, para debater a aplicação do direito penal militar, asseverou:

Hoje, é opinião assente que a Justiça Militar da União, no Brasil, funciona a partir de regras internacionalmente reconhecidas, assegura a igualdade de todos perante a lei, respeita os princípios do Estado Democrático de Direito e observa os direitos humanos.²

Por tudo isso, é imperativo concluir que a Justiça Militar atende às prescrições constantes da Declaração Universal de Direitos Civis e Políticos, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, especificamente àquelas que garantem a todas as pessoas julgamento por tribunais competentes, independentes e imparciais.

¹ MARTIN-CHENUT, Kathin. Jurisdições militares em face das exigências do direito internacional. *Revista Direito Militar*, n. 73, set/out, 2008, pp. 15-18.

² BIERRENBACH, Flávio Flores da Cunha. *Dois Séculos de Justiça: presença das Arcadas no tribunal mais antigo do Brasil*. São Paulo: Lettera.doc, 2010, pp. 65-66.

4 DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS AGENTES

Embora competente a Justiça Militar da União, portanto, para conhecer dos fatos, e presente, assim, a atribuição do Ministério Público Militar para promover a persecução penal, a responsabilização dos agentes envolvidos encontra dois óbices intransponíveis: os institutos da *anistia penal*, prevista no art. 107, II, e da *prescrição*, prevista no art. 107, IV, c/c art. 109, todos do Código Penal comum.

Trata-se de causas de extinção da punibilidade, as quais, uma vez implementadas, retiram do Estado o seu poder punitivo, cessando, portanto, os efeitos penais da conduta do agente.

5 DA LEI DA ANISTIA

O instituto da anistia, como causa extintiva da punibilidade, atinge todos os efeitos penais advindos da prática do crime e se materializa no ato legislativo pelo qual o Estado renuncia ao poder de punir, fundamentado na necessidade ou em conveniência política. Apaga-se o passado, perdoam-se os autores de fatos puníveis e esquecem-se as ofensas.

A clemência é o móvel geral do Poder Estatal quanto a sua decisão de abrir mão da persecução penal ou de extinguir as penas já aplicadas. Na análise do caso concreto, vê-se a anistia intrinsecamente ligada a uma política de transição, haja vista o contexto histórico de migração do regime militar para o restabelecimento do Estado Democrático de Direito.

Em 28 de agosto de 1979, durante esse período de transição para o regime democrático, foi sancionada pelo então Presidente João Baptista Figueiredo a Lei 6.683, anistiando “a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares” (art. 1º, *caput*).

Com efeito, a lei concedeu anistia aos crimes políticos ou praticados por motivação política, estendendo-a aos crimes conexos de qualquer natureza (art. 1º, § 1º), ficando de fora, por expressa ressalva na lei, apenas os “crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal” (art. 1º, § 2º).

A anistia concedida pela Lei 6.683/1979 possui caráter bilateral e tem incidência ampla e geral. Com isso, ao mesmo tempo em que beneficiou de imediato quase cinco mil pessoas processadas durante o regime militar e permitiu a volta dos exilados políticos, a lei anistiou os agentes do Estado que teriam incorrido em práticas repressivas e de tortura.

E, apesar de ter tido sua constitucionalidade questionada, a Lei da Anistia teve sua conformidade com a Constituição da República de 1988 reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar, por maioria, improcedente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, por decisão assim ementada:

LEI N. 6.683/79, A CHAMADA “LEI DE ANISTIA”. ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E “AUTO-ANISTIA”. INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE.

1. (...)

2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera.

3. Conceito e definição de “crime político” pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos “os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política”; podem ser de “qualquer natureza”, mas [I] hão de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [II] hão de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [I] relacionados com os crimes políticos ou [II] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que “se procurou”, segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.

4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia

tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, “se procurou” [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.

6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumada. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido.

7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia.

8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.

9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como abrogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas

em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que “[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos” praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988.

10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.

(Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, publicado em 06/08/2010, destacou-se)

O que foi decidido nesse julgamento vem sendo reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, citando-se, a título de exemplo, as decisões proferidas nas Reclamações 18.686 MC/RJ, 19.760 MC/SP e 22.616 MC/SP.

Ainda nesse sentido, é de se ressaltar que o Inquérito Policial 704/1992, instaurado pela Polícia Civil do Estado de São Paulo para apurar as circunstâncias da morte de Vladimir Herzog, foi trancado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao conceder a ordem no *Habeas Corpus* 131.798-3, ao fundamento de que os fatos foram anistiados. A decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ao desprover o Recurso Especial 33.782-7, o que permitiu manifestações posteriores no sentido de que a matéria já estaria coberta pelo manto da coisa julgada material.

Ao apreciar caso análogo, e referente ao mesmo contexto histórico do de Vladimir Herzog, a Juíza Federal Substituta Andréia Moruzzi, da 1ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, na Representação Criminal 0013000-02.2018.4.03.6181, rejeitou a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra o Delegado de Polícia Josecir Cuoco pela suposta prática do homicídio de Olavo Hanssen, em abril de 1970, e contra o Procurador do Ministério Público Militar Durval Ayrton Moura de Araújo e o então Juiz-Auditor Nelson da Silva

Machado Guimarães por prevaricação, em razão do arquivamento do IPM que apurava a morte de Olavo Hanssen, em tese acobertando o delito cometido pelo primeiro denunciado.

Embora fundamenta a competência da Justiça Federal para processar os fatos com base na alteração do Código Penal Militar promovida pela Lei 9.299/1996, reconhecendo expressamente que o Delegado de Polícia acusado cometeu o delito “a mando do Exército Brasileiro” e em “estabelecimento (...) sob o comando de membro do Exército Brasileiro no exercício de suas funções”, a decisão omite a recente alteração da Lei 13.491/2017, que restituiu à Justiça Militar da União a competência para processar e julgar o crime doloso contra a vida de civil cometido por integrante das Forças Armadas no exercício de atividade de natureza militar.

Ainda assim, merecem destaque os fundamentos da decisão do Juízo da 1ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, sob análise, em razão do reconhecimento de que os fatos nela narrados “foram anistiados”:

(...) Primeiramente, sobre o alegado “caráter sistemático e generalizado dos ataques cometidos por agentes da ditadura militar contra a população brasileira”, tal argumento não se sustenta para o fim pretendido, ou seja, para afastar a extinção da punibilidade dos fatos, ao se caracterizar o fato como crime de lesa-humanidade. Encontramos, com muito mais propriedade, um exemplo de ataque generalizado à população, com a certeza de se estar diante de um autêntico crime de lesa-humanidade, no genocídio ocorrido em Ruanda em 1994, onde as estatísticas apontam o extermínio, em alguns meses, de centenas de milhares de pessoas, variando os números entre 500 mil e 1 milhão de vítimas. Outro exemplo é o chamado genocídio armênio, ocorrido no início do século passado, para o qual se aponta a ocorrência de 600.000 a 1.800.000 vítimas. E se nos restringirmos apenas ao número de pessoas mortas, o que dizer de um dado estatístico que aponta a morte de mais de 62 mil pessoas no Brasil durante o ano de 2016? Tal cifra indica a grande violência e medo com que a população tem de aprender a conviver nos tempos presentes. Estaríamos, então, diante de uma situação análoga à de uma guerra? E quais as providências que o Estado brasileiro deve tomar para fazer cessar esse mal? Há risco de o Brasil ser responsabilizado em âmbito internacional à conta de tal dado estatístico, já que o compromisso assumido é de pro-

teger e assegurar a vida do ser humano? Poderia o popular leigo, de mediano conhecimento, afirmar que é bem mais “perigoso” viver nos dias atuais do que na época do regime de exceção? Tais provocações têm a mera finalidade de proporcionar uma reflexão mais detida e contextualmente mais ampla sobre o tema. Existe, portanto, uma distância muito expressiva entre essa suposta “vitória” do regime de exceção e a afirmação de que havia “ataques generalizados contra a população brasileira”: não se pode dizer que a repressão a opositores do regime de exceção, por mais dura que tenha sido, tenha se estendido à grande massa da população brasileira. O argumento peca pelo caráter hiperbólico e não é suficiente para os fins pretendidos.

Sobre a influência do direito internacional, essa recente decisão da Justiça Federal rechaça a incidência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) sobre o homicídio denunciado pelo Ministério Público Federal, o qual, assim como o de Vladimir Herzog, remonta à década de 1970.

Isso porque, em relação ao marco inicial da sujeição do Brasil à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que concerne à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a decisão cita dezembro de 1998. Trata-se de referência ao termo inicial previsto no Decreto 4.463/2002, que promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da CIDH, para conhecer e julgar “fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998” (art. 1º).

Confira-se, nesse ponto, a fundamentação da rejeição da denúncia:

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, “Pacto de San José da Costa Rica”, foi assinada em 22/11/1969 e entrou em vigor apenas em 18/07/1978, conforme o artigo 74.2 da própria Convenção, bem como que a adesão pelo Brasil se deu através do Decreto n. 678, de 06/11/1992, publicado em 08/11/1992 e depositado em 25/09/1992. Mais de duas décadas após a prática do fato narrado na denúncia. Pois bem. Dentre os diversos princípios que regem o Direito Internacional Público, vale mencionar o da independência nacional, que se reflete na soberania em sentido amplo, o da prevalência dos direitos humanos, o da autodeterminação dos Estados, o da igualdade de Estados, o da prevalência

da paz, o da busca da solução consensual para os conflitos, da cooperação entre os povos, entre outros.

Sendo assim, descabe cogitar a aplicação retroativa das disposições e diretivas de direito internacional que pretendam invalidar, direta ou indiretamente, a aplicação da Lei nº 6.683/79. Defender tal entendimento contraria, sim e frontalmente, o dispositivo de decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 153) (...)

Por outro lado, acolher a promoção ministerial e receber a denúncia também implicaria retroagir no tempo para atingir o passado, já que à época dos fatos o Brasil ainda não estava vinculado às invocadas disposições e diretivas de direito internacional público. (...) Com efeito, a ordem jurídica interna brasileira prestigia, entre outros princípios de caráter geral, o denominado *tempus regit actum*. Tal princípio é igualmente caro ao direito brasileiro e tem diversas derivações, reflexos e correlações na ordem interna. Lembre-se, pois, da irretroatividade da lei penal mais gravosa, da ultratividade de lei penal mais benéfica, da proteção à coisa julgada, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, entre outros. É certo, pois, que o direito, internacional ou interno, deve sempre operar em prol da segurança jurídica, que confere estabilidade e clareza de regras às relações jurídicas, sociais e internacionais. Qualquer alteração expressiva de rota que seja estabelecida, em relação ao que está sepultado no passado, deve ser vista com extrema cautela, sob pena de prestigiar justamente aquilo que o direito deve proscrever, a insegurança jurídica e, por consequência, a instabilidade e imprevisibilidade das relações jurídicas, sociais e internacionais. Não se nega a relevância das disposições e diretivas de direito internacional, invocadas pelo órgão ministerial; de fato, a partir de sua inserção no sistema jurídico interno, devem ser obedecidas, mas direcionadas às situações que ocorrerem após esse marco; ou seja: destinam-se a salvaguardar o futuro com base naquilo que se verificou no passado e que se quer evitar. Como é cediço, a República Federativa do Brasil, de maneira soberana e juridicamente válida, submeteu-se a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos somente a partir de dezembro de 1998, mediante convergência dos Poderes Legislativo e Executivo. Assim, deve a República Federativa do Brasil cumprir a decisão da Corte em todo caso no qual for parte, a partir da data de seu ingresso. Com efeito, o presente caso trata de fatos supostamente ocorridos há 48 anos! Ou seja, 28 anos antes da subsunção do país à Corte Interamericana. (...)

(...) é preciso que o intérprete volte os olhos àquilo que certamente constitui uma das finalidades maiores do direito, a pacificação social com Justiça, que se alcança, entre outros, com a segurança

jurídica, conforme acima exposto; o oposto disso é a instabilidade de regras e a insegurança nas instituições.

6 DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Ainda que se superasse o primeiro óbice (anistia), é irrefutável a incidência da prescrição da pretensão punitiva com relação aos crimes de que fora vítima Vladimir Herzog.

Apesar de a CIDH ter declarado que os delitos que permeiam, em tese, a morte de Vladimir Herzog configuram violações a direitos humanos, a fim de emprestar-lhes o caráter de imprescritibilidade, o ordenamento jurídico brasileiro não lhes confere essa característica, haja vista que os crimes de homicídio qualificado, lesões corporais, perigo para a vida ou saúde de outrem, omissão de socorro, maus-tratos, os quais integram o rol de crimes aventado na sentença da Corte, não estão previstos como imprescritíveis no direito interno.

A propósito, a discussão sobre a configuração de crime contra a humanidade e sua análise nos planos internacional e interno já chegou a ser enfrentada pela Justiça Federal brasileira, na decisão exarada pela 1ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, no Procedimento Investigatório do MP 13434-40.2008.4.03.6181, que arquivou, a pedido do Ministério Público Federal, o inquérito policial que apurou justamente os fatos ocorridos no dia 25 de outubro de 1975, nas dependências do DOI/CODI, em São Paulo, que culminaram na morte de Vladimir Herzog.

Confira-se os seguintes excertos da decisão considerados mais relevantes:

3. Crimes contra a humanidade – definição no Direito Internacional e existência no âmbito interno.

Iniciando pela definição de natureza formal, pode-se considerar que a única norma em vigor no plano internacional a respeito do tema é aquela contida na Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, vigente a partir de 11 de novembro de 1970, uma vez que o relatório da Comissão de Direito Internacional, criada para identificar os princípios de Direito Internacional reconhecidos

no estatuto do Tribunal de Nuremberg e definir quais seriam aqueles delitos, nunca chegou a ser posto em votação.

Desse modo, pode-se concluir que a discussão a respeito da necessidade de existência de conexão dos atos praticados com crime de guerra ou contra a paz para caracterização dos delitos se torna despidianda para análise da legislação formal atinente ao tema, tendo em vista que tal requisito, previsto no conceito elaborado pela mencionada comissão, não foi mantido pela convenção aprovada pela Assembleia.

Esta última conceituou como crimes contra a humanidade aqueles definidos no estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 08 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº 03 e 95 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro e 11 de dezembro de 1946, cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz. Declarou, ainda, que tais crimes são imprescritíveis. Referida convenção, todavia, não foi ratificada pelo Brasil, não obstante tenha sido aberta para adesões já no ano de 1968.

Poder-se-ia argumentar que tal omissão decorreu da própria vigência, à época, do regime militar, uma vez que as autoridades deste não teriam interesse em incorporar ao direito interno norma que pudesse culminar na punição de atos criminosos decorrentes da própria ditadura a que o país estava submetido.

A omissão em tela, contudo, permaneceu mesmo após o fim do referido regime, fato ocorrido em 1988 e que coincide com a entrada em vigor da atual Constituição Federal. Passados mais de vinte anos desde aquela data, não se pode sequer cogitar da tese de que a ratificação não teria ocorrido porque as instituições estatais nacionais ainda se ressentem da necessidade de adaptação à ordem democrática em vigor, especialmente em se considerando que a maioria dos países do chamado “primeiro mundo” (que sequer chegaram a sofrer as vicissitudes do totalitarismo) também não aderiram à Convenção, como bem ressaltado pelo Procurador da República em sua manifestação.

Sob outra ótica, não tendo havido a ratificação, é de se reconhecer que sequer se iniciou o processo de internalização do texto da convenção ao ordenamento jurídico nacional, de sorte que se torna inócuo, também, tecer considerações sobre quais são os atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo que devem ser praticados para que a regra tenha plena eficácia ou, ainda, qual o *status* com que a mesma ingressaria no sistema.

No que tange à necessidade da referida internalização para que norma de direito internacional possa vigor no direito pátrio, reporto-me aos argumentos e ponderações expendidas pelo Procurador da República subscritor da promoção, a qual, pelo

brilhantismo com que foi exarada, poderia ser simplesmente adotada por esse Juízo como razão de decidir, independentemente de maiores considerações.

Superada a análise da legislação formal que trata do tema, resta averiguar se eventual norma consuetudinária internacional concernente aos crimes em comento se aplica ao direito brasileiro e, ainda, se aludida norma realmente existe. Tenho que a resposta é negativa.

Explico:

Em primeiro lugar, saliento que a criação de crimes se sujeita, diante da atual Constituição, ao princípio da reserva legal ou da estrita legalidade, segundo o qual somente a lei em sentido estrito (leia-se: lei ordinária, lei complementar e emenda à Constituição) pode definir delitos, cominando-lhes as respectivas penas (art. 5º, XXXIX, da Carta Magna, e art. 1º, do Código Penal).

Conclui-se, a contrário sensu, que as espécies legislativas arroladas no art. 59, incisos IV a VII, do Texto Maior, não são instrumentos formais aptos para criação de novas infrações.

Tal mandamento está em consonância com o próprio caráter de reservadas normas penais incriminadoras, a serem utilizadas apenas nos casos mais extremos, que demanda a necessidade de terem sido submetidas, para sua entrada em vigor, a um processo legislativo mais elaborado e minucioso que o das regras citadas no parágrafo anterior.

Se, no ordenamento pátrio em vigor, não se admite criação de crime por lei delegada, medida provisória, decreto legislativo ou resolução, com muito maior razão não se pode concordar que um costume possa ser utilizado para tal fim, por mais consolidado que aquele esteja.

Nesse ponto, considero que a fluidez característica da norma costumeira é incompatível com a definição de uma figura criminosa, razão pela qual faz-se necessária, para atribuir validade cogente àquela, seja a mesma declarada por tratado ou convenção, até mesmo para impedir que seus termos sejam submetidos a interpretações cada vez mais elásticas e extensivas, as quais, protegidas pela justificativa de impedir impunidade, acabariam por gerar um vício ainda pior, qual seja: a arbitrariedade.

De qualquer forma, na hipótese em apreço, é de se reconhecer que, se existe costume internacional acerca do tema, este é o de punir criminosos contra a humanidade logo após a prática dos delitos (que normalmente coincide com períodos de guerra externa ou civil), tarefa da qual são encarregados tribunais, também internacionais, criados para tal fim, costume este que já era aplicado quando da ocorrência dos fatos narrados nas peças de informação.

Passo a reproduzir, abaixo, trecho da bem lançada promoção ministerial de fls. 02/50:

“É duvidosa a existência do referido costume internacional. O primeiro diploma normativo a estabelecer expressamente a imprescritibilidade, justamente a mencionada Convenção de 1968, até o ano de 1975, não tinha recebido o aval de sequer vinte países, como pode ser visto no sítio da Internet <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty6.htm>. Até hoje, países de grande relevância mundial como Estados Unidos da América, Japão, Alemanha, França, Itália, Reino Unido e China não o assinaram. Fica difícil, portanto, admitir a real existência de uma norma consuetudinária acerca da imprescritibilidade, uma vez que tão poucos Estados aderiram a um tratado que nada mais faria senão exprimir um costume previamente existente. Mas admita-se, por hipótese, que o costume invocado realmente exista. Teria ele vigência internamente no Brasil? Não, pois costume é norma não escrita e, justamente por tal motivo, não se submete a processo de internalização, também não havendo norma interna brasileira que faça remissão à adoção, no âmbito interno, de semelhante costume internacional. Observa-se que os princípios e normas de *ius cogens*, a que se refere o parecer, são de Direito Internacional Público, sempre havendo, para aplicação interna, necessidade de algum procedimento de internalização ou remissão específicos. Em novo giro de exame conceitual, novamente se admita, por hipótese, que o costume foi de algum modo internalizado. Poderia ele ser aplicado hoje? Também, com certeza, não, por flagrante incompatibilidade com a Constituição de 1988, que traz como garantia fundamental do indivíduo, inclusive com o fortalecido *status* de cláusula pétrea, a seguinte, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, repetindo, aliás, norma geral estampada no artigo 1º do Código Penal desde 1940: ‘não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’. A Constituição de 1988 não transige em matéria penal: impõe que, efetivamente, crimes e penas sejam necessariamente criados por lei, E EM LEI EM SENTIDO FORMAL. Norma consuetudinária é norma, no sentido de proposição hipotética que regula condutas, mas não é lei em sentido formal. Tanto a norma legal quanto a consuetudinária podem ter a mesma força e hierarquia, mas são produzidas por meios completamente diferentes. A lei em sentido formal é escrita, o costume não, necessitando o último ser provado. Ora, por que a Constituição de 1988, depois de dizer em seu artigo 5º, inciso II, que ‘ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’, volta a falar na legalidade penal, como acima exposto (Sic), ou na legalidade tributária, como em seu artigo 150, inciso I? Seria

simples reiteração? Claro que não. A legalidade genérica deve ser entendida como necessidade de existência de norma jurídica, que pode ser dos mais variados matizes. Já em matéria de criação de crimes e de tributos A CONSTITUIÇÃO EXIGE NÃO APENAS A NORMA JURÍDICA, MAS A LEI EM SENTIDO FORMAL. Não é outro o princípio da estrita legalidade. Assim, costume pode criar crime, majorar sua pena, estabelecer facilidades para sua punição como a imprescritibilidade? Não. Pode o costume criar tributo, majorar alíquotas? Certamente não.”

[Em] face do exposto, tenho que não é cabível a pretensão de subsumir a conduta narrada nas peças de informação ao chamado delito contra a humanidade, por não possuir aquela tipificação válida no ordenamento jurídico em vigor no território pátrio.

Sobre a incidência da prescrição da pretensão punitiva no caso Vladimir Herzog, o Juízo Federal em foco consigna, ao final, a prescritibilidade dos delitos indigitados:

4. Prescrição.

Fixadas as premissas acima, tenho que os fatos cujo estudo deram ensejo à representação formulada ao Procurador da República se amoldam à figura típica prevista no art. 121, 2º, do Código Penal. Não há que se falar, na presente hipótese, na caracterização do genocídio, crime previsto nos arts. 1º e 2º, da Lei nº 2889/56, uma vez que ausente o elemento subjetivo consistente na intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

De qualquer forma, ainda que se reconhecesse a existência deste último delito, a pena máxima aplicada seria a do já citado art. 121, 2º, do Código Penal, ou seja, trinta anos de reclusão.

Referida sanção, consoante disposição prevista no art. 109, I, do mesmo diploma legal, prescreve em vinte anos, lapso de tempo já decorrido, mesmo que se iniciasse a contagem em 05 de outubro de 1988, data de promulgação da garantista Carta Magna em vigor.

Procedendo-se à contagem em estrita obediência a norma do art. 111, I, do Estatuto Repressivo, passaram-se mais de trinta e três anos, tempo superior ao da própria pena máxima fixada abstratamente para o homicídio.

Ressalto, por oportuno, que, tanto o homicídio, como o genocídio, ou mesmo a tortura (que, de qualquer forma, não poderia ensejar incriminação, uma vez que a lei que a definiu como delito

é posterior a 1975), não são infrações imprescritíveis diante da Constituição e demais normas do ordenamento em vigor.³

Diante do todo o exposto, considero que, por qualquer dos ângulos que se analise a questão, não é cabível o prosseguimento da persecução criminal, razão pela qual determino o arquivamento dos presentes autos, observadas as formalidades legais. (...)

Portanto, passados 43 anos da morte de Vladimir Herzog (25 de outubro de 1975), e considerando que o maior prazo prescricional previsto na legislação penal brasileira é de 20 anos (para o delito de homicídio), é inarredável a conclusão de que os fatos estão cobertos por essa causa extintiva da punibilidade.

A prescrição é uma das mais caras e antigas garantias do indivíduo frente ao direito de punir do Estado, havendo um conjunto de teorias fundamentadoras que tentam explicar sua razão de ser.

O decurso de tempo desde a prática do crime pode gerar esquecimento do delito pela sociedade, de modo a diminuir ou até mesmo a esvaizar o interesse público na responsabilidade penal. Assim, desaparecendo a necessidade da instauração de processo criminal ou da imposição da pena, tem-se por comprometida, segundo a *teoria do esquecimento*, a legitimidade da repressão penal.

Sem muito destoar da primeira, a *teoria da estabilização das situações jurídicas* sustenta a necessidade de consolidação dos direitos e de saneamento das anormalidades diante de longo período de tempo. Desse modo, a prescrição é uma necessidade social a fim de se evitar a indefinição e um estado de incerteza quanto à responsabilidade penal ou não do agente do fato.

No plano processual, é também notável a relevância da prescrição, uma vez que o decurso do tempo influencia na produção probatória, consoante os fundamentos da *teoria da dispersão ou do desaparecimento das provas*. Se não forem comprovadas a materialidade e a autoria de um crime em tempo hábil, as provas

³ Como muito bem assinalado no excerto da decisão, de fato, não há como aperfeiçoar a sub-sunção dos fatos à norma penal em obediência ao princípio da anterioridade da lei penal, haja vista que à época não existia a tipificação da tortura, o que só veio a ocorrer em 1997, com o advento da Lei 9.455.

do delito desaparecem, diminuem ou perdem força, prejudicando a acusação e aumentando a probabilidade de erro judiciário.

A negligência do Estado quanto à persecução penal e à execução da pena também são elementos fundamentadores do instituto da prescrição. Admite-se, segundo a *teoria da presunção da negligência*, que o autor de um delito não seja punido após um decurso de tempo determinado por presumir-se, em razão disso, que houve falta de zelo por parte do Estado no exercício do *jus puniendi*. O ônus da ineficiência do Estado não pode ser transferido ao agente do fato, de sorte a deixá-lo *ad eternum* vivendo a incerteza sobre a sua responsabilização penal.

Sobre o instituto da prescrição e seu fundamento, Basileu Garcia expôs interessante pensamento em sua obra originalmente publicada em 1952:

A prescrição é a renúncia do Estado a punir a infração, em face do decurso do tempo. Admitem-na tôdas as legislações modernas, a despeito da oposição que já lhe foi feita por filósofos e penalistas. Se, contra ela, se tem alegado que concorre para afrouxar a repressão criminal e é mesmo desmoralizante, pois sugere ao delinquente a vantagem da fuga, preponderam, no consenso geral, as razões justificativas do instituto.

De variados prismas se tem encarado o seu fundamento. Com o caminhar do tempo, modificam-se as condições pessoais do delinquente que logrou subtrair-se à ação da Justiça. A pena, possivelmente, deixou de ser-lhe útil, como processo regenerador. De certo modo, êle já sofreu um castigo, nas vicissitudes que teve de atravessar para se garantir a impunidade – antes relativa do que absoluta. O protraimento, sempre arriscado e intranquilo, do seu ajuste de contas com o poder punitivo do Estado, equivale a uma indireta expiação da sua culpa. De outro lado, o alarma social, que o crime terá produzido, já se esvaneceu, com o lento perpassar dos anos. A pena já não teria exata correspondência no reclamo público da justiça, que é um dos esteios do Direito Penal, como força moralizadora – além de tutelar – do convívio social. E os longos intervalos entre a infração e o procedimento repressivo importam em incertezas perigosas na apreciação do fato. A prova torna-se difícil, precária. As testemunhas desaparecem, ou perdem a memória de circunstâncias essenciais. Surge a eventualidade de erros judiciários. (destacou-se)⁴

⁴ *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972, v. I, t. II, pp. 699-700.

A propósito, séculos antes, o italiano Cesare Beccaria, na sua célebre obra *Dos delitos e das penas* (1764), já discorria sobre o fator tempo e a sua influência na pena. Trazendo uma consciência jurídica inovadora para a época, o autor discorreu no item XIX do seu texto sobre o que chamou de “Presteza da Pena”, descrevendo-a da seguinte forma:

XIX. Presteza da Pena

Quanto mais a pena for rápida e próxima do delito, tanto mais justa e útil ela será. Digo mais justa, porque poupará ao réu os tormentos cruéis e inúteis da incerteza, que crescem com o vigor da imaginação e com o sentimento da própria fraqueza; mais justa, porque sendo a privação da liberdade uma pena, ela só pode preceder a sentença quando a necessidade o exigir. O cárcere é, pois, a simples custódia de um cidadão até que ele seja julgado culpado, e sendo essa custódia essencialmente penosa, deve durar o menor tempo possível e ser o menos dura possível. Esse tempo menor deve medir-se pela duração necessária do processo e pelo direito de anterioridade do réu ao julgamento. A duração do recolhimento ao cárcere só pode ser a necessária para impedir a fuga, ou para que não sejam ocultadas as provas dos delitos. O processo mesmo deve concluir-se no tempo mais breve possível. (...) Disse que a presteza da pena é mais útil porque, quanto mais curto o tempo que decorre entre o delito e a pena, tanto mais estreita e durável no espírito humano é a associação dessas duas idéias, delito e pena; de tal modo que imperceptivelmente se consideram um como causa e a outra como efeito necessário e indefectível. Está demonstrado que a união das idéias é o cimento que sustenta toda a fábrica do intelecto humano, sem a qual o prazer e a dor seriam sentimentos isolados e sem nenhum efeito. Quanto mais os homens se afastam das idéias gerais e dos princípios universais, isto é, quanto mais eles são incultos, tanto mais agem em função das associações imediatas e mais próximas, descuidando das mais remotas e complicadas; estas só servem aos homens fortemente apaixonados pelo objeto que os atrai, pois a luz da atenção aclara um só objeto, deixando os outros na escuridão; servem, outrossim, às mentes mais elevadas, que adquiriram o hábito de percorrer rapidamente muitos objetos de uma vez, e têm a habilidade de contrapor uns aos outros muitos sentimentos parciais, de tal modo que o resultado, que é a ação, é menos perigoso e menos incerto.

É, pois, de suma importância a proximidade do delito e da pena, se se quiser que nas mentes rudes e incultas o quadro sedutor de um delito vantajoso seja imediatamente seguido da idéia associada à pena. (...) ⁵

De todo modo, a premissa maior é a de que a prescrição penal é uma garantia do indivíduo em face da ineficiência do Estado. E não importa a variação que a sua fundamentação sofreu ao longo dos séculos, pois prevaleceu o seu acolhimento como direito fundamental e como limite ao direito de punir do Estado. O ônus da inércia não pode ser impingido ao autor do fato, sujeitando-lhe, *ad infinitum*, ao temor da potestade da repressão estatal, mas, sim, ser ele arcado pelo próprio Estado, que, por ser de Direito, se submete a prazos legais para o exercício da pretensão punitiva.

7 DA CONCLUSÃO

Ao tempo em que se lamentam as práticas delituosas cometidas no passado, o sofrimento experimentado pelas vítimas e seus familiares e as tristes circunstâncias que permeiam esse período da história do Brasil, por outro lado, sustenta-se ser juridicamente impossível o cumprimento da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob pena de abertura de perigoso precedente de afastamento de garantias penais (anistia, prescrição e anterioridade da lei penal), sem as quais não subsiste o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas* (1764). Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 79-80.

⁵ Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 79-80.

BIERRENBACH, Flávio Flores da Cunha. *Dois Séculos de Justiça*: presença das Arcadas no tribunal mais antigo do Brasil. São Paulo: Lettera.doc, 2010, pp. 65-66.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972, v. I, t. II, pp. 699-700.

MARTIN-CHENUT, Kathin. Jurisdições militares em face das exigências do direito internacional. *Revista Direito Militar*: n. 73, pp. 15-18.

O excesso nas causas justificantes e a nova proposta legislativa

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 presente estudo trata do excesso nas causas justificantes e tem por objetivo apresentar a celeuma doutrinária quanto à sua conceituação, quando da classificação entre excesso extensivo e intensivo, bem como revelar o contorno jurídico apresentado pelo instituto, na legislação penal brasileira, em especial no Código Penal comum e militar, além de permitir o debate esclarecido frente ao projeto de Lei Anticrime.

PALAVRAS-CHAVE: Ilicitude. Antijuridicidade. Causas Justificantes. Excesso. Código Penal. Código Penal Militar. Projeto de Lei Anticrime.

ENGLISH

TITLE: The excess in the justifying grounds and the new legislative proposal.

ABSTRACT: The present study deals with the excess in justifiable causes and aims to present the doctrinal debate about its conceptualization, when it is classified as extensive and intensive, as well as to reveal the juridical outline presented by the institute, in Brazilian criminal law, especially in the Code Common criminal and military, besides allowing the enlightened debate in front of the Anti-Crime Bill.

KEYWORDS: Ilicitude. Antijuridicity. Justifying Causes. Excess. Criminal Code. Military Penal Code. Anti-Crime Bill.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Da ilicitude e das causas de justificação – 3 Definição do excesso – 3.1 Celeuma doutrinária: excesso extensivo e intensivo – 3.2 Um conceito adequado – 3.3 Classificação do excesso – 4 Alcance e efeitos na legislação penal brasileira – 4.1 Código Penal – 4.2 Código Penal Militar – 5 Comentários sobre o projeto de Lei Anticrime – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, denominado por Código Penal, muito embora carregue quase oitenta anos de vigência, vivenciou neste tempo, centenas de alterações legislativas, com o objetivo de corresponder aos anseios da sociedade. Igual sorte, não é observado no Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969, o denominado Código Penal Militar. Essa é a razão de conviverem institutos jurídicos, que na essência, deveriam possuir o mesmo tratamento jurídico, mas acabam por ter alcance e efeitos diversos.

Muito embora, a concepção do Código Penal seja de vanguarda, há um tema tratado no Código Penal Castrense consoante aos atuais anseios de reforma legislativa: o “excesso nas causas de justificação”, que encontra relação com as causas de exclusão da ilicitude é tratado de forma distinta nas legislações penais.

O tema ganha atual relevância, em virtude do projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 882/2019, também denominado Lei Anticrime e que tem por proposta alterar o Código Penal neste ponto.

O trabalho é estruturado em dois grandes aspectos. No primeiro aspecto será apresentada a celeuma doutrinária que revela, em destaque, a distinção existente entre o excesso extensivo e o excesso intensivo, permitindo apresentar um conceito tecnicamente apropriado, sob o ponto de vista jurídico-penal, de modo a atribuir de forma precisa com as consequências de seu reconhecimento no

caso concreto. No segundo aspecto, partindo da adoção de um conceito estrito de excesso, serão explicitados os efeitos legais e supraleais decorrentes de seu reconhecimento, presentes na legislação penal comum e militar, para então apresentar e compreender o teor da proposta contida no Projeto de Lei Anticrime.

2 DA ILICITUDE E DAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

Ilicitude é a relação de contrariedade entre o fato humano e as exigências do ordenamento jurídico em sentido amplo, representando uma lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos protegidos. É a relação antagônica entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou a expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado.

Partindo da teoria da *ratio cognoscendi*, adotada majoritariamente, a tipicidade exerce uma função indiciária de ilicitude. Desta forma, a ilicitude passará a ser analisada a *contrario sensu*, ou seja, se não estiver presente nenhuma causa de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade etc.), o fato será considerado ilícito. Como mencionado por Fernando Capez¹, a existência do fato típico de homicídio sugere a prática de um comportamento contrário ao ordenamento jurídico. A menos que se constate ter sido cometido em legítima defesa, estado de necessidade ou qualquer outra causa excludente, a presunção de ilicitude confirmar-se-á.

O Código Penal enumera expressamente as principais causas de justificação, em seu artigo 23: “Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

O Código Penal castrense, por sua vez, repete as causas mencionadas no Código Penal, embora apresente tratamento distinto com relação ao estado de necessidade, na adoção da teoria diferenciadora alemã, ao prever o estado de necessidade exculpante, bem como, inclui outra hipótese, no parágrafo único do art.42, consistente na conduta do comandante de navio, aeronave ou praça de

¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Vol.1, parte geral (arts.1º a 120), 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. e-book - capítulo 26.

guerra, que 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.

3 DEFINIÇÃO DO EXCESSO

3.1 Celeuma doutrinária: excesso extensivo e intensivo

O “excesso” na linguagem comum é o que excede, ou ultrapassa os limites do aceitável. No contorno jurídico da expressão, quando inserido nas causas de justificação, se reveste do mesmo sentido linguístico. Porém, seu alcance e efeitos apresentam resultados diversos, respectivamente, em razão da posição doutrinária e da legislação penal adotada.

Há uma celeuma doutrinária a projetar resultados diversos para a compreensão do tema.

Poucos são os autores que se dedicam de forma aprofundada ao tema excesso nas causas de justificação, e quando o fazem, trazem confusão de conceitos. Esta crítica é apresentada pelo argentino Eugenio Raúl Zaffaroni e pelo brasileiro José Henrique Pierangeli². Vejamos:

Na doutrina, tem-se distinguido entre um ‘excesso extensivo’ e um ‘excesso intensivo’, sendo o primeiro aquele que, na sua conduta, o sujeito continua a atuar mesmo quando cessada a situação de justificação ou de atipicidade, ou seja, este é o único conceito de excesso que, na nossa opinião, se pode admitir, enquanto o excesso chamado ‘intensivo’, seria aquele em que o sujeito realiza uma ação que não completa os respectivos requisitos em cada uma das correspondentes eximentes. Este conceito de ‘excesso intensivo’ não é propriamente um excesso, porque, quando não ocorrem os requisitos da eximente, em momento algum ela ocorreu, e, portanto, não se pode exceder.

² ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015. p. 534.

Partindo da visão crítica apresentada pelos renomados autores, única encontrada nos manuais, a revelar uma visão necessária de releitura do instituto, há uma confusão conceitual no que a legislação brasileira considera por excesso nas causas de justificação.

Antes de apresentar as possíveis causas investigadas e motivadoras da distinção, apresentaremos o conceito dominante, que subdivide o excesso entre duas formas distintas: intensivo e extensivo.

O excesso intensivo é aquele que recai sobre os limites justificantes, ou sobre os próprios requisitos da conduta, em que se investiga a ocorrência da causa de justificação, objeto da avaliação da conduta permitida, cujo resultado de sua avaliação, será o de confirmar ou não a ilicitude da conduta.

Cleber Masson³ denomina essa espécie de excesso (intensivo) em próprio e aduz que nela: “há superação dos limites traçados pela lei para a justificativa, e o excesso assume um perfil ilícito”. Segue afirmando que no estado de necessidade, o excesso recai na expressão “nem podia de outro modo evitar”; na legítima defesa, age com excesso, aquele que emprega meios desnecessários para repelir a injusta agressão, ou quando necessário os emprega imoderadamente; no estrito cumprimento do dever legal, quando não observa os limites determinados pela lei; e, no exercício regular do direito, o excesso decorre do exercício abusivo do direito consagrado pelo ordenamento jurídico.

Marcelo André de Azevedo⁴ exemplifica na seguinte situação, “A” (campeão de luta livre), em reação a uma agressão (tapas) injusta e atual praticada por “B” (pessoa franzina), efetua um disparo de arma de fogo, produzindo sua morte, sendo constatado que “A” conseguiria dominar “B”, sem o uso da arma. Observe-se que desde o início o uso do meio não foi necessário.

O que caracteriza o excesso intensivo é o fato de o agente, desde o início de sua conduta, não se encontrar amparado por qualquer causa de justificação.

³ MASSON, Cleber. *Direito Penal*: parte geral, arts.1º a 120. vol.1. 9. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Método, 2015. p.483.

⁴ AZEVEDO, Marcelo André de. *Direito Penal*: parte geral. Salvador: Juspodium, 2010. p. 156.

Zaffaroni e Pierangeli⁵ argumentam não existir na legislação brasileira, o que no direito comparado denomina “eximente incompleta”. A conduta está justificada ou não está justificada, sob o ponto de vista de satisfação de todos os seus requisitos.

A regra é que o excesso intensivo funcione como elemento identificador da ocorrência ou não da ilicitude da conduta. Há uma única exceção no Código Penal incidente no estado de necessidade, quando seja razoável exigir o sacrifício do seu próprio direito. É como dispõe o art. 23, parágrafo único: “Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”.

Na hipótese aventada, há uma relativização de um dos requisitos do estado de necessidade. Em vez de se considerar de pronto não satisfeito a causa de justificação, cria-se um temperamento a ser avaliado no caso concreto, de modo a se permitir uma causa de diminuição de pena (minorante).

Por sua vez, o excesso extensivo é aquele em que há dois momentos distintos a se considerar: a primeira conduta respaldada por causa justificante; e a segunda conduta, sucessiva, caracterizada pela ausência de justificação, tratada de forma autônoma, como dolosa ou culposa.

Trazendo o conceito, de forma exemplificativa, para a legítima defesa, diante de uma agressão humana, injusta e atual, o agredido reage na defesa de seu direito; utiliza inicialmente o meio necessário; e, de forma moderada, faz cessar a agressão. Ocorrerá, em um primeiro momento, a legítima defesa, pois foi cessada a agressão por uma reação legítima. Contudo, na sequência, mesmo concluída a agressão inicial, não mais presentes os pressupostos da causa de justificação, o agente persiste na reação, que se torna ilegítima, decorre, então, o excesso. O agente não responde pelo que causou no primeiro momento, pois encontrava-se em legítima defesa, mas poderá responder pelo que causou durante o excesso, de forma dolosa ou culposa.

O agente que age dolosamente em excesso não responderá necessariamente pelo resultado que causou. Não há equivalência entre o resultado final

⁵ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.533.

na soma das condutas. Atribui-se o resultado aferido na conduta resultante unicamente do excesso. Esta é a posição retratada por Jorge Alberto Romeiro⁶:

[...] se, repelindo injusta agressão, o defendente, dentro nos limites da necessidade e da proporcionalidade, causa lesão corporal grave no agressor (art. 209, §§ 1º ou 2º), e, já prostrado este, não mais *defensionis* causa, mas por espírito de vingança, continua a feri-lo, causando-lhe, nesta segunda fase, lesões corporais leves (art. 209, caput), só por estas responde a título de dolo. Pois a lesão grave ocorreu quando se encontrava o defendente em estado de necessidade.

Daí dizer-se que há um crime autônomo⁷, situado fora do contexto fático da excludente da ilicitude. Procura-se com isso, garantir o princípio da culpabilidade e afastar qualquer resquício de responsabilidade objetiva.

O verdadeiro excesso nas causas de justificação é o que a doutrina denomina de “excesso extensivo”. Essa conclusão não é adotada de forma clara pela doutrina.

O professor Guilherme de Souza Nucci⁸ não apresenta a distinção dos conceitos de excesso e considera tão somente o “excesso intensivo” como causa para afastar a hipótese justificante, quando menciona o excesso doloso: “ocorre quando o agente consciente e propositalmente causa ao agressor, ao se defender, maior lesão do que seria necessário para repelir o ataque”.

Outros autores, atribuem conceito jurídico diverso, inaugurando uma nova definição, ainda que ancorada ao conceito original de excesso intensivo, desconsiderando a existência do “excesso extensivo”, tal como o professor Juarez Cirino dos Santos⁹. O referido autor só faz menção ao excesso no instituto da legítima defesa e, embora aproxime os conceitos de excesso intensivo e exten-

⁶ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.138-139.

⁷ MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral, arts.1º a 120. vol.1. 9. ver. atual. ampl.* São Paulo: Editora Método, 2015. p. 484.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e especial. 4. ed. rev. atual. e ampl.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 278.

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral. 4. ed. rev. e atual.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 235.

sivo, acaba por distingui-los do seguinte modo: excesso intensivo, aquele que “usa de meio desnecessário” e extensivo, aquele que “usa imoderadamente de meio necessário”.

Investigando possíveis causas para a celeuma doutrinária, com a leitura do texto original do Código Penal de 1940, da Exposição de Motivos da reforma de 1984 e do atual texto do Código Penal, é possível retirarem-se três conclusões.

A primeira conclusão. O texto original do Código Penal de 1940, antes da reforma de 1984, dispunha no art. 21, parágrafo único: “O agente que excede culposamente os limites da legítima defesa, responde pelo fato, se este é punível como crime culposo”.

O instituto do “excesso”, somente era aplicável à excludente da legítima defesa, deixando de fora as demais excludentes.

O texto faz menção expressa ao “excesso” dos “limites da legítima defesa”, no que importa reconhecer tratar-se do “excesso intensivo”. Tão é verdade que Nelson Hungia¹⁰, em obra cuja edição data o ano de 1978, comenta: “[...] o Código só admite, como injusto punível, o excesso nos meios (excesso intensivo), não cogitando do excesso na causa (inferioridade no valor do bem ou interesse definido, em confronto com o atingido pela repulsa)”.

Com a reforma do Código Penal de 1984, o referido dispositivo foi revogado e substituído pelo atual texto do art. 23, parágrafo único: “o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”.

Ao suprimir o termo “limites da legítima defesa”, permitiu-se alterar a interpretação dada até então, quando da existência do “excesso intensivo”, como forma de excluir o dolo e permitir a responsabilidade por culpa. Se antes da reforma de 1984, o excesso, nos meios empregados da legítima defesa, poderia ocasionar a exclusão do dolo, de modo a conferir uma tipicidade culposa se houvesse previsão (eximente incompleta), hoje, a ausência dos requisitos da legítima defesa implica reconhecer que a conduta foi ilícita, afastando a causa de justificação. Eventual excesso doloso ou culposo só é avaliado na conduta que segue uma prévia e reconhecida causa de justificação.

¹⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v.1, tomo II: arts.11 ao 27. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.305.

A segunda conclusão indica que a criação da figura do excesso intensivo se relaciona ao reconhecimento de uma atenuante genérica ou causa de exclusão de culpabilidade (exculpante), por inexigibilidade de conduta diversa, ambas de forma supralegal.

Por fim, a terceira conclusão relaciona-se ao apego às lições doutrinárias originadas de escritos clássicos, anteriores à reforma do Código Penal de 1984, e que desenvolveram seus estudos, baseados em norma (já revogada), pelo qual dispunha haver causa justificada, mesmo quando ultrapassado os “limites da legítima defesa”, em aferição ao “excesso intensivo”. Nestes casos, a responsabilização dar-se-ia por delito culposo, se houvesse previsão para tanto, ou mesmo a própria exclusão do crime, se não houvesse uma correspondente tipicidade culposa.

3.2 Um conceito adequado

O Código Penal pós-reforma de 1984 favorece uma virada interpretativa ao eliminar a expressão “limites da legítima defesa”, estendendo o instituto do excesso à todas as causas de justificação e alinhando-se às legislações comparadas, mencionadas por Zaffaroni e Pierangeli, os quais, não admitem a figura da eximente incompleta (excesso intensivo), mas tão só o sistema do excesso extensivo.

Dessa forma, a legislação penal brasileira admite como válido, no contorno técnico-jurídico, unicamente o excesso extensivo, consistente na conduta em que se consideram necessariamente dois momentos distintos: a primeira conduta respaldada por causa justificante; e a segunda conduta sucessiva, que não encontra justificação, sendo tratada de forma autônoma, como dolosa ou culposa.

3.3 Classificação do excesso

Na legislação penal comum e militar, o excesso pode se dar de forma dolosa, culposa, ou acidental. A determinação da forma (dolosa ou culposa) deve recair sobre o segundo comportamento, quando então sucessivamente já cessou os requisitos que justificam a conduta.

Rogério Greco¹¹, bem exemplifica a distinção:

Diz-se doloso o excesso em duas situações: a) quando o agente, mesmo depois de fazer cessar a agressão, continua o ataque porque quer causar mais lesões ou mesmo a morte do agressor inicial (excesso doloso em sentido estrito); ou; b) quando o agente, também, mesmo depois de fazer cessar a agressão que era praticada contra a sua pessoa, pelo fato de ter sido agredido inicialmente, em virtude de erro de proibição indireto (erro sobre os limites de uma causa de justificação), acredita que possa ir até o fim, matando o seu agressor, por exemplo.

Ocorre o excesso culposo nas seguintes situações: a) quando o agente, ao avaliar mal a situação que o envolvia, acredita que ainda está sendo ou poderá vir a ser agredido e, em virtude disso, dá continuidade à repulsa, hipótese na qual será aplicada a regra do art.20, § 1º, segunda parte, do Código Penal; ou b) quando o agente, em virtude da má avaliação dos fatos e da sua negligência no que diz respeito a aferição das circunstâncias que o cercavam, excede-se em virtude de um ‘erro de cálculo quanto à gravidade do perigo ou quanto ao modus da reação’ (excesso culposo em sentido estrito).

O excesso culposo mencionado por Rogério Greco se aproxima do instituto da “culpa imprópria”, observado no erro de tipo justificante (art. 20, §1º do Código Penal) ou do erro de fato justificante (CPM, art. 36), também denominado de “descriminante putativa”, que deriva do agente supor existir uma situação de fato, que tornaria a ação legítima, atribuindo o efeito de excluir o dolo, e responsabilizar por culpa, se inescusável. O diferencial é atribuir uma responsabilidade por culpa, ainda que se tenha agido de forma intencional (dolosa), por razões de política criminal.

Sobre a aproximação dos efeitos da culpa imprópria, de modo a permitir a classificação do excesso culposo, Zaffaroni e Pierangeli¹² lecionam que a única possibilidade em admiti-la é reconhecer tratar-se de uma ação dolosa, que a lei impõe à pena do delito culposo.

¹¹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 360.

¹² ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 534.

Por fim, o excesso accidental, não é penalmente relevante. Nas palavras de Damásio de Jesus:

[...] situação em que há o exagero que decorre de caso fortuito, embora não em intensidade suficiente para cortar o nexo causal. Por vezes, o agente se excede na defesa, mas o exagero é meramente accidental. Não se pode dizer ter havido moderação na defesa, pois o dano provocado ao agressor foi além do estritamente necessário para repelir o ataque, embora o exagero possa ser atribuído ao fortuito.

4 ALCANCE E EFEITOS NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

A importância em posicionar o alcance do instituto do excesso, tem repercussão nos efeitos penais gerados, pois, comparativamente, no modelo anterior à reforma de 1984, o excesso intensivo tinha por efeito, tratando-se de conduta vencível, a exclusão do dolo e a responsabilidade por culpa, ou mesmo a justificação da conduta se não houvesse equivalência no tipo culposo.

Atualmente, pós-reforma de 1984, se considerarmos o “excesso intensivo”, exclusivamente enquanto “limite de justificação”, o efeito é de afastar a causa de justificação, tornando a conduta do agente ilícita; e, se considerarmos o excesso extensivo, não há o que considerar, senão a possibilidade de a conduta revestir-se, no modo doloso ou culposo, prosseguindo na avaliação do elemento analítico da culpabilidade.

Contudo, diferentemente do Código Penal, que não reconhece a exculpante da emoção (art. 28, I), o Código Penal Militar e o Projeto de Lei Anticrime dispõem de forma distinta, impondo solução diversa, quando o excesso estiver acompanhado de uma escusável surpresa ou perturbação de ânimo (CPM) ou de escusável medo, surpresa ou violenta emoção (projeto de Lei Anticrime).

4.1 Código Penal

O excesso no Código Penal encontra previsão, nos seguintes termos:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

O Código Penal não tratou expressamente de qualquer causa legal de exclusão de culpabilidade (exculpante), atenuante genérica ou causa de diminuição de pena (minorante), que recaia, especificamente, sobre o reconhecimento do excesso, ainda que haja perturbação de ânimo. Pelo contrário, há uma vedação expressa que se aplica não só sobre a conduta, objeto de avaliação do excesso, mas a qualquer outra, de que a emoção não exclui a imputabilidade, ou seja, não há afetação da culpabilidade ou causa de exculpação a considerar.

O Código Penal parte do pressuposto de não admitir a exclusão da imputabilidade pela emoção, conforme dispõe o art. 28: “Não excluem a imputabilidade penal: (...) I - a emoção ou a paixão”.

Contudo, a inexistência de tratamento legal sobre o tema do excesso exculpante ou mesmo a vedação expressa no uso da perturbação anímica do agente (emoção), não afasta o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial em reconhecer causa supralegal de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa.

Alberto Silva Franco¹³ bem explica o tema:

[...] a locução ‘excesso exculpante’ define bem a matéria que se abriga sob sua área de abrangência. Trata-se da ocorrência de um excesso, na reação defensiva, que não é, por suas peculiaridades,

¹³ SILVA FRANCO. Alberto. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 348.

reprovável, ou melhor, merecedor de apenação. Não se cuida de excesso culposo porque, neste, o excesso deriva da falta do dever objetivo de cuidado enquanto que, naquele, há um excesso resultante de medo, surpresa ou de perturbação de ânimo. É evidente que o excesso exculpante pressupõe uma agressão real, atual ou iminente, e injusta, isto é, com todas as características de uma ação ofensiva. A resposta deve, no entanto, ser havida como excessiva e tal excesso não é devido a uma postura dolosa ou culposa mas a uma atitude emocional do agressor.

Busca-se eliminar a culpabilidade, por hipótese supralegal e inexigibilidade de conduta diversa, ao se reconhecer o estado emocional alterado do agente.

No âmbito na legislação penal comum, tal hipótese fez-se constar no projeto do Código Penal de 1969, que não entrou em vigor, nos seguintes termos: “art. 30 (...) § 1º Não é punível o excesso quando resulta de escusável medo, surpresa, ou perturbação de ânimo em face da situação”.

Não é novidade a legislação penal comum conferir ao estado anímico do agente, tal como a emoção, algum efeito jurídico-penal, excluindo a exculpação, pois ela é considerada circunstância atenuante genérica¹⁴ ou causa de diminuição de pena¹⁵.

Portanto, deve-se enfatizar que o Código Penal:

- a) adota o excesso intensivo, para excluir causa de exclusão de ilicitude, pela ausência de requisito constitutivo de seu conceito legal;
- b) não permite o reconhecimento parcial de causa de justificação (eximente incompleta), salvo no caso do estado de necessidade (art. 23, parágrafo único do Código Penal);

¹⁴ Código Penal, art. 65: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III - ter o agente: (...) c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima”.

¹⁵ Código Penal, art. 121: “Matar alguém: (...) § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço” e art. 129: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: (...) § 4º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”.

- c) no excesso extensivo, o agente, em qualquer das hipóteses de justificação, responderá pelo excesso doloso ou culposo;
- d) não permite a incidência de nenhuma causa exculpante no excesso;
- e) veda a exculpação por emoção. Porém, a doutrina admite causa supralegal, na conduta em excesso de causa de justificação, inserida na inexigibilidade de conduta diversa, decorrente da escusável perturbação de ânimo, medo e emoção violenta.

4.2 Código Penal Militar

O excesso no Código Penal Militar encontra previsão nos seguintes termos:

Art. 45. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa.

Parágrafo único. Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação.

Art. 46. O juiz pode atenuar a pena ainda quando punível o fato por excesso doloso.

O Código Penal Militar tratou dos efeitos penais da “surpresa ou perturbação de ânimo”, para aferição da responsabilidade criminal, quando a conduta se encontrar no excesso doloso ou culposo das causas justificantes, se escusáveis. Como observado, não há este tratamento na legislação penal comum.

Em se tratando de excesso culposo, não será punível a conduta, quando resultar de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação. Cuida-se de hipótese de exclusão de culpabilidade (exculpante), por inexigibilidade de conduta diversa, cuja causa é atribuída pelo estado de ânimo alterado do agente, que não lograria agir de outro modo.

Cícero Coimbra¹⁶ traz o seguinte exemplo:

Imaginemos também um Policial Militar que, em estrito cumprimento do dever legal, reage a tiros de uma pessoa que, por ter roubado um banco, resiste à prisão, desta vez acertando a pessoa correta, porém excedendo no número de tiros necessários para cessar a agressão contra si. Há claramente um excesso, porém a situação de excitação por que passa o agente torna inexigível conduta diversa, elemento que também no CPM afasta a culpabilidade do agente.

Por sua vez, no excesso doloso, não há exculpação, ainda que escusável, mas atenuação da pena, nas margens, entre um quinto e um terço, nos termos do art. 73 do Código Penal Militar, se constatado os mesmos estados anímicos “surpresa ou perturbação de ânimo”, se outro não for exigível em seu comportamento.

O art. 46 do Código Penal Militar não traz expressamente o requisito da “surpresa ou perturbação de ânimo” para o reconhecimento do excesso doloso. Contudo, outro não pode ser a conclusão de alinhamento com a mesma exigência contida para o excesso culposo, pois, caso contrário, não haveria razão subjetiva a justificar uma atenuante de abrandamento da pena, já que a simples razão de atuar em excesso doloso não deve corresponder obrigatoriamente ao reconhecimento de uma atribuição de culpa diminuída. É o estado psicologicamente alterado do agente que justifica, um comportamento, embora ilícito, merecedor de uma sanção atenuada.

Portanto, deve-se enfatizar que o Código Penal Militar:

- a) adota o excesso intensivo, para excluir causa de exclusão de ilicitude, pela ausência de requisito constitutivo de seu conceito legal;
- b) no excesso extensivo, o agente, em qualquer das hipóteses de justificação, responderá pelo excesso doloso ou culposo;
- c) há incidência de causa exculpante no excesso culposo, por inexigibilidade de conduta diversa, decorrente da escusável perturbação de ânimo e surpresa;

¹⁶ NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito penal militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 490.

d) há incidência de atenuante genérica no excesso doloso, e embora a lei não diga, decorrente da escusável perturbação de ânimo e surpresa.

5 COMENTÁRIOS SOBRE O PROJETO DE LEI ANTICRIME

No dia 19 de fevereiro de 2019, foi apresentado na Câmara dos Deputados pelo Presidente da República, referendado pelo Ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, o Projeto de Lei nº 882/2019 (Lei Anticrime), que tem por meta¹⁷ estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado, e os crimes praticados com grave violência à pessoa.

Propondo alterar o art. 23 do Código Penal, que trata da exclusão de ilicitude, incluiu-se novo texto ao parágrafo 2º, nos seguintes termos: “O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção”.

A proposta vem ao encontro do mesmo fundamento encontrado no Código Penal Militar ou mesmo no Projeto de Código Penal de 1969, que não entrou em vigor. Inclui uma causa legal de exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa e uma causa de diminuição de pena, quando comprovado que o agente atuou no excesso, por medo, surpresa ou violenta emoção.

Comparativamente, há distinções contidas no Projeto que podem ser pontuadas, com relação ao Código Penal Militar, tais como:

- a) o Projeto inclui o elemento anímico “medo”, não adotado pelo Código Penal Militar, por opção dada diante da incompatibilidade com a missão própria do militar;
- b) a exculpante e a minorante previstas no Projeto são aplicáveis tanto no excesso culposo, quanto no excesso doloso, ao passo que a exculpante prevista na legislação militar só é aplicável ao excesso culposo e a atenuante ao excesso doloso;
- c) o projeto traz uma causa geral de diminuição de pena e não uma atenuante genérica como faz o Código Penal Militar.

¹⁷ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019. Acesso em: 21 mar. 2019.

O projeto de lei acaba por acolher o que a jurisprudência e a doutrina já vêm adotando, enquanto causas supralegais de exclusão da culpabilidade, no âmbito da inexigibilidade da conduta diversa, bem como, a solução legal prevista no Código Penal Militar, a indicar que não trará maiores dificuldades aos operadores jurídicos, senão o reforço da segurança jurídica de sua aplicação, outrora inexistente.

Noutro norte, não se desconhece das críticas¹⁸ ao presente projeto, no sentido de acolher a impunidade da violência policial e banalização das reações desproporcionais às agressões. Contudo, ao direito penal contemporâneo corresponde uma preocupação com o princípio da culpabilidade, de modo a evitar sanções de natureza objetiva desconexas com a realidade dos fatos, bem como a necessária individualização da pena, que somente se torna possível, quando levados em conta os dados da realidade, no que inclui o estado de ânimo do agente a influenciar seu comportamento.

Por fim, a proposta encontra ressonância no entendimento majoritário da doutrina e da dogmática tanto neoclássica, quanto finalista, de que a exigibilidade de conduta diversa é um verdadeiro princípio geral da culpabilidade. Só é culpável o agente que se comporta ilicitamente, podendo orientar-se de modo diverso, a exigir uma certa normalidade de circunstâncias, pois se as circunstâncias se apresentem significativamente anormais, deve-se suspeitar da voluntariedade da ação livre, conferindo exculpação ou minoração ao resultado ilícito obtido.

6 CONCLUSÃO

A antijuridicidade, também denominada por ilicitude, é a relação de contrariedade entre o fato humano e as exigências do ordenamento jurídico em sentido amplo, representando uma lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos protegidos.

¹⁸ LACERDA, Fernando Hideo I. *Comentários sobre o 'projeto de lei anticrime'*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fernando-hideo-lacerda-comentarios.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2019.

As causas justificantes são o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular do direito e, na legislação militar, incluída a ação do comandante do navio, aeronave ou praça de guerra. Há uma confusão conceitual no que a legislação brasileira considera por excesso nas causas de justificação. Tem-se distinguido entre o excesso extensivo e o excesso intensivo, sendo o primeiro aquele que, na sua conduta, o sujeito continua a atuar mesmo quando cessada a situação de justificação; e, no segundo, como aquele em que o sujeito realiza uma ação que não completa os requisitos correspondentes da eximente.

A legislação penal brasileira admite válido, no contorno técnico-jurídico, unicamente o excesso extensivo consistente na conduta em que se consideram dois momentos distintos: a primeira respaldada por causa justificante; e a segunda conduta sucessiva, que não encontra justificação, sendo tratada de forma autônoma, como dolosa ou culposa.

O Código Penal comum e o militar preveem que o excesso pode se dar de forma dolosa, culposa, ou acidental e deve recair sobre o segundo comportamento, quando então sucessivamente já cessou os requisitos que justificam a conduta.

A legislação penal comum não tratou expressamente de qualquer causa legal de exclusão de culpabilidade (exculpante), atenuante genérica ou causa de diminuição de pena (minorante), incidente sobre o reconhecimento do excesso, nas condições de perturbação de ânimo. Pelo contrário, há uma vedação expressa prevista no art. 28 do Código Penal.

Diante deste cenário, a doutrina passou a admitir causa supralegal, na conduta em excesso da causa de justificação, inserida na inexigibilidade de conduta diversa, decorrente da escusável perturbação de ânimo, medo e emoção violenta.

Por outro lado, enquanto causa legal, o Código Penal Militar tratou dos efeitos penais da “surpresa ou perturbação de ânimo”, para aferição da responsabilidade penal, quando a conduta se encontrar no excesso doloso ou culposos das causas justificantes, se escusáveis.

Nessa legislação, em se tratando do excesso culposos, não será punível a conduta quando resultar de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação. Cuida-se de hipótese de exclusão de culpabilidade (exculpante),

por inexigibilidade de conduta diversa, cuja causa é atribuída pelo estado de ânimo alterado do agente, que não lograria agir de outro modo. Por sua vez, o excesso doloso, não se verifica a exculpação, ainda que escusável, mas tão somente atenuação da pena.

No ano de 2019, foi apresentado, na Câmara dos Deputados, pelo Presidente da República o projeto de Lei nº 882/2019 (Lei Anticrime), propondo alterar o art. 23 do Código Penal, que trata da exclusão de ilicitude, incluindo o novo parágrafo 2º, nos seguintes termos: “O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção”.

O projeto de lei acaba por acolher o que a jurisprudência e a doutrina já adotam, enquanto causas supralegais de exclusão da culpabilidade no âmbito da inexigibilidade da conduta diversa, e a solução legal prevista no Código Penal Militar, a indicar que não trará maiores dificuldades aos operadores jurídicos, senão o reforço da segurança jurídica de sua aplicação.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Marcelo André de. *Direito Penal: parte geral*. Salvador: Juspo-dium, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Vol.1, parte geral (arts. 1º a 120), 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v.1, tomo II: arts. 11 ao 27. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 1. vol. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

LACERDA, Fernando Hideo I. *Comentários sobre o 'projeto de lei anticrime'*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fernando-hideo-lacerda-comentarios.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2019.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral, arts. 1º a 120. vol.1. 9. ver. atual. ampl.* São Paulo: Editora Método, 2015.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral, arts. 1º a 120. vol.1. 9. ver. atual. ampl.* São Paulo: Editora Método, 2015.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e especial. 4. ed. rev. atual. e ampl.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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.

SILVA FRANCO, Alberto. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial: parte geral. 8. ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 11. ed. rev. e atual.* São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015.

Direito penal do bem jurídico: legitimidade da construção típica dos delitos de perigo na Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto (Lei de Combate ao Terrorismo)

Diego Pessi

Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul

RESUMO: Direito Penal do bem jurídico. Sociedade de risco. Conceito de objeto jurídico, objeto material, perigo concreto e abstrato. Resultado de perigo. Antecipação da proteção do bem jurídico. Legitimidade da construção típica dos crimes de perigo nos crimes da Lei de Combate ao Terrorismo.

PALAVRAS-CHAVE: Tipicidade. Bem jurídico. Terrorismo. Risco. Desvalor de cuidado-de-perigo.

ENGLISH

TITLE: Criminal law of legal interest: legitimacy of the typical construction of criminal offenses in law 52/2003: 22nd August 2003 (Anti-terrorism law).

ABSTRACT: Criminal law of legal interest. Risk society. Concept of legal object, material object, concrete and abstract danger. Danger result. Anticipation of protection of legal interest. Legitimacy of the typical construction of criminal offenses in crimes of the anti-terrorism law.

KEYWORDS: Typicity. Legal interest. Terrorism. Risk. Disadvantage of caution-of-danger.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Objeto jurídico, objeto material, perigo concreto e abstrato – 3 A construção típica dos delitos de perigo – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

As tipificações criminais dentro da esfera de perigo são ferramentas de política criminal voltadas a prevenir a ocorrência de lesão concreta ao bem jurídico, mediante antecipação da punição da conduta tendente a esse fim, “tendo em vista que a complexidade da sociedade de hoje faz com que determinadas condutas coloquem em perigo uma infinidade de bens jurídicos que um tipo legal de perigo-concreto ou dano/violação seria incapaz de tutelar porque não teria uma atuação tão abrangente” (Silva, 2005:268). O problema está no fato de que o emprego ilegítimo dessa política pode levar ao avanço indevido do poder estatal sobre as liberdades individuais dos cidadãos, degradando-se em instrumento de arbítrio e tirania. Não por acaso, uma das principais críticas ao chamado “Direito Penal do risco” é justamente no sentido de que ele implicaria uma mutação no Direito Penal, que, perdendo a ambição de permanecer fragmentário (ao menos empiricamente), assumiria um caráter expansivo, trazendo junto com a ampliação da proteção penal a diminuição da exigência de censurabilidade da conduta incriminada (Silva, 2005).

Nesse quadro dialético se insere o combate ao terrorismo, fonte permanente de insegurança social, que, nas palavras de Ulrich Beck, se distingue por não possuir um ator localizável no tempo e no espaço, tampouco potencial militar clássico, mas, antes, por representar um risco indireto e incerto que impõe aos Estados-nação um “regime de desconhecimento” em relação às três grandezas do cálculo de segurança tradicional: agente, intenção e potencial (Beck, 2015). É justamente por estarem situadas dentro dessa esfera de perigo que muitas das tipificações criminais que visam a combater o terrorismo caracterizam-se pelo alargamento do campo de proteção do bem jurídico e aumento da área da punibilidade. O presente trabalho propõe-se a elencar alguns critérios razoa-

velmente seguros para, numa concreta ponderação, legitimar essa construção típica (Costa, 2000), a partir da análise dos delitos previstos nos artigos 2º/ 4¹, 4º/10 e 11² da Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto).

2 OBEJTO JURÍDICO, OBJETO MATERIAL, PERIGO CONCRETO E ABSTRATO

Para consecução do objetivo proposto cumpre-nos lembrar, antes de mais nada, das distinções conceituais elementares entre objeto material e objeto jurídico, resultado, dano e perigo em matéria penal. Na valiosa lição de Walter Coelho, o objeto jurídico equivale ao objeto de proteção da norma, ou seja, representa o próprio conteúdo valorativo do tipo, relaciona-se com seu significado e constitui sua síntese. Divide-se em objeto jurídico formal (equivale aqui à própria norma infringida) e substancial (que se refere ao interesse penalmente tutelado). O objeto jurídico substancial pode ser classificado sob três aspetos: genérico (de forma ampla e abrangente equivale ao interesse público), específico (aquele que é próprio de determinado grupo de crimes e se relaciona diretamente com o interesse lesado ou colocado em risco, como, p.ex., economia popular, segurança nacional, etc.) e subespecífico (que se relaciona com o peculiar aspeto assumido pelo interesse protegido, como, p.ex., no crime de homicídio que tem como objeto jurídico específico a pessoa e subespecífico a vida humana). Conforme exemplifica o autor, “a pessoa humana é especificamente protegida, pela norma jurídica, em sua integralidade, sendo que os diversos aspectos dessa personalidade, isto é, seus atributos biológicos, físicos, psíquicos, éticos e culturais vêm a constituir os objetos jurídicos subespecíficos

¹ 4 – Quem praticar actos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

² 10 - Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista ao treino, apoio logístico ou instrução de outrem para a prática de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos.

11 - Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista à adesão a uma organização terrorista ou ao cometimento de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos.

da tutela penal” (Coelho, 1998:60). Objeto material, por seu turno, é aquele sobre o qual incide a ação ou ataque. Corporifica-se num indivíduo ou em uma coisa que suporta a conduta do sujeito ativo do delito. É “a coisa corporal ou pessoa física sobre as quais incide, materialmente, a ação humana” (Coelho, 1998:63), estando por tal razão inserido no próprio tipo penal. Resta claro, dessa forma, que todo crime possui objeto jurídico, mas nem todo crime tem, necessariamente, objeto material.

Nos crimes de perigo concreto, o perigo é parte integrante do tipo penal, que resta preenchido quando o bem jurídico é efetivamente posto sob ameaça. O perigo, em tais casos, não constitui elemento arbitrário ou simples impressão, mas a situação objetiva de possibilidade de dano submetida a um juízo de avaliação silogístico, que tem como premissa menor o conhecimento da presença de determinadas circunstâncias e como premissa maior a lição da experiência em torno de circunstâncias análogas. Dito de outro modo: “O advento do dano será mais ou menos provável (segundo a maior ou menor preponderância das circunstâncias favoráveis sobre as contrárias), mas cumpre que seja sempre demonstrável lógica e praticamente em cotejo com os casos análogos” (Hungria e Fragoso, 1980:19). Aqui, o perigo representa em si mesmo um resultado, um evento no mundo objetivo, definido por Figueiredo Dias como “resultado de perigo” (Dias, 2012:343). Já nos crimes de perigo abstrato, o perigo não constitui elemento do tipo, mas motivo da proibição: a conduta é considerada em sua perigosidade intrínseca para determinado bem jurídico, independentemente de haver criado perigo efetivo (Costa, 2000).

Há mesmo quem sustente ser ultrapassada a subdivisão doutrinária entre crimes de perigo abstrato e concreto, pois, no atual contexto histórico e dogmático, os tipos de perigo só poderiam criminalizar ações que impliquem risco ao bem jurídico (Brandão e Siqueira, 2016), na medida em que a antiga distinção risco/seguridade confunde ações perigosas (nas quais os possíveis danos ou perdas estão fora da esfera de decisão do agente afetado) com ações de risco (aquelas em que os possíveis danos futuros são consequências da própria decisão que é controlada pelo agente). Qualquer que seja o entendimento a esse respeito, é inegável que, se nos crimes de dano/violação existe

uma perfeita simetria entre o nexos de causalidade e a consistência material do resultado desvalioso, nos crimes de perigo o desvalor do resultado é o próprio perigo resultante da conduta (que se dá num momento de tempo preciso e real, construído pela norma). Como ensina Faria Costa, “o efeito das ações perigosas, isto é, o perigo, não tem consistência material, processa-se no tempo mas não se solidifica no espaço. O que se solidifica no tempo e no espaço é a ação concretamente desvaliosa. O desvalor de resultado de perigo tem um tempo real, mas só tem um espaço construído” (Costa, 2000:585).

3 A CONSTRUÇÃO TÍPICA DOS DELITOS DE PERIGO

Estabelecidos os conceitos e distinções entre objeto material, objeto jurídico, perigo e dano em matéria penal, passamos à análise dos critérios que, em nosso entendimento, legitimam a construção típica dos crimes de perigo na Lei de Combate ao Terrorismo, pois julgamos falaciosas – para dizer o mínimo – equiparações como a de Zaffaroni no sentido de que a criminalização de condutas de perigo concreto e abstrato equivale ao regresso do direito penal de autor, e que o conceito de perigosidade não passaria de uma tentativa de criminalizar a “mera capacidade” de provocar lesão de modo a estigmatizar alguém como “inimigo do povo” (Valente, 2002).

Cabe recorrer, aqui, à lição de Faria Costa, segundo o qual a ofensividade se estrutura em três níveis: desvalor de dano-violação, desvalor de concreto-pôr-em-perigo e desvalor cuidado-de-perigo. Esse último desvalor, observa o jurista, opõe-se a essenciais valores do viver comunitário e, mesmo sem a recorrência imediata do bem jurídico, legitima a construção típica dos crimes de perigo abstrato (cujo aparente déficit de legitimidade pode ser contrabalançado pela minúcia na descrição da conduta), desde que o momento relacional de cuidado-de-perigo esteja ligado com a mediação de um concreto bem jurídico que possua dignidade penal (Costa, 2000). Nessa senda, ao tratar das doutrinas que enfatizam o caráter preventivo do combate a formas extremas de criminalidade – cujo perigo muitas vezes é secreto e de potencial incalculável – Alexandre Sousa Pinheiro colaciona a observação de Wolfgang Hoffman-Riem no sentido

de que “a impossibilidade de determinar o ‘momento’ e a ‘qualidade’ do perigo leva a que se actue ‘no antecampo do perigo, no antecampo do suspeito e no próprio antecampo do antecampo” (Pinheiro, 2013:14-5). Cita como exemplo a legislação que permite punir indivíduos envolvidos em atividades realizadas em campos de treino de organizações terroristas, independentemente da efetiva verificação de atos que resultem em violação de regras jurídicas.

Ora, se a Lei de Combate ao Terrorismo tem como escopo antecipar a proteção a bens jurídicos penalmente relevantes (ampliando os limites da intervenção penal na esfera individual), seria contraditório exigir-se, como critério de legitimidade para construção de seus tipos penais, que as condutas criminalizadas tenham invariavelmente uma relação de proximidade com o objeto material do crime (objeto do ataque), quer sobre ele incidindo (hipótese de desvalor de dano-violação), quer submetendo-o imediatamente à probabilidade de dano (caracterizando desvalor de concreto-pôr-em-perigo). Dessa forma, respeitado o estatuto ontológico do direito penal do risco, devemos buscar no consenso da melhor doutrina alguns critérios que legitimam a construção típica dos delitos de cuidado-de-perigo. Sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, julgamos que tal legitimidade pode ser aferida mediante resposta às seguintes indagações: 1) A conduta tipificada apresenta desvalor de cuidado-de-perigo ao menos mediadamente ligado a algum objeto jurídico? 2) Esse objeto jurídico possui dignidade penal, ou seja, num juízo qualificado de intolerabilidade social, é merecedor de tutela penal? 3) A construção do tipo penal atende ao critério de determinabilidade, mediante descrição da matéria proibida de modo que a conduta se torne objetivamente determinável, motivável e dirigível (Dias, 2012)?

Com base nesses critérios, podemos dizer que os tipos penais do art. 2º/4³, 4º/10 e 11⁴ da Lei nº 52/2003 de 22 de agosto (Lei de Combate ao Terroris-

³ 4 – Quem praticar actos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos

⁴ 10 - Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista ao treino, apoio logístico ou instrução de outrem para a prática de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos.

11 - Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista à adesão a uma organização terrorista ou ao cometimento de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido

mo), ora tomados como objeto de análise, possuem construção legítima, pois: 1) os elementos objetivos das condutas descritas (organizar, viajar, tentar viajar, p. ex.) adquirem determinabilidade e passam a ser portadores de perigosidade intrínseca diante do dolo inequívoca e explicitamente exigido para caracterização do crime (intenção de constituir ou aderir a grupo terrorista, treinar, prestar apoio logístico ou instrução com vista à realização de ato terrorista); 2) a ligação mediata do desvalor de cuidado-de-perigo (Costa, 2000) aos bens jurídicos tutelados exsurge dessa representação do fato, do conhecimento de sua ilicitude e da vontade de praticá-lo, em face do que não seria razoável aguardar os desdobramentos causais das condutas incriminadas; 3) justifica-se, *in casu*, a atuação do direito “no antecampo do antecampo” (Pinheiro, 2013:14-5) visando à proteção dos objetos jurídicos, pois as condutas incriminadas apresentam em potência, como único desdobramento causal provável, a evolução para um estado de perigo concreto (organização de grupo terrorista, adesão a grupo terrorista, treinamento de agentes terroristas e apoio logístico a ato terrorista) e, a seguir, para a efetiva concretização do dano (atentado terrorista propriamente dito) e violação de um incalculável número de bens jurídicos, que caracteriza crime contra a humanidade (Escudeiro, 2018).

O terrorismo opera mediante difusão de um estado antissocial e anti-humano, visando à normalização do estado de emergência (Beck, 2015) e, não por outro motivo, três dos cinco marcos da Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo de Portugal (derivada da Estratégia Contraterrorista da União Europeia) situam-se na esfera da antecipação da proteção – detetar, prevenir, proteger (os outros dois são perseguir e responder - Elias, 2018) – respaldando amplamente as disposições penais que incidem sobre o desvalor cuidado-de-perigo.

Como fez notar Ulrich Beck (2015), o terrorista suicida não corre risco algum: sua ação é infalível e a dissuasão não o assusta, pois ao morrer torna-se invencível. Seu terror é arbitrário e sua ameaça é assimétrica (no sentido mais radical da palavra), ante a impossibilidade de defesa das vítimas, que faz da coragem e da covardia posturas igualmente inúteis. Diante dessa realidade, excluir a antecipação da proteção do objeto jurídico equivaleria a negar vigência

com pena de prisão até 5 anos.

real ao Direito, mantendo-se a expectativa de um comportamento correto em relação a agentes que, a toda evidência, recusam apoio cognitivo e fidelidade ao ordenamento jurídico (Jakobs e Meliá, 2006).

4 CONCLUSÃO

A complexidade da sociedade moderna traz consigo uma miríade de riscos e a preservação dos bens jurídicos colocados sob ameaça exige a criminalização de condutas na esfera do perigo. Diante da legítima preocupação com o desvirtuamento do chamado “direito penal do risco” em instrumento de tirania estatal, elencamos, com base no consenso da melhor doutrina, alguns critérios de legitimação para a construção típica dos delitos de perigo e buscamos conferir densidade à análise mediante a aplicação desses critérios aos tipos penais dos artigos 2º/ 4, 4º/10 e 11 da Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto). Em nosso entendimento, esses tipos bem representam a permanente tensão dialética havida entre segurança/liberdade que constitui, em última análise, o próprio âmago da presente investigação.

Concluimos que os tipos penais, ora analisados à luz dos critérios de determinabilidade, perigosidade intrínseca, intolerabilidade social, ligação mediata do desvalor de cuidado-de-perigo e dignidade penal do objeto jurídico tutelado, foram construídos de forma legítima e atendem a uma real necessidade de antecipação da proteção do objeto jurídico. A criminalização de ações que, em tese, constituiriam meros atos preparatórios resta plenamente justificada: 1) pela dignidade penal dos bens jurídicos tutelados; 2) pelo altíssimo grau de intolerabilidade social inerente às atividades terroristas; 3) pelo desvalor de cuidado-de-perigo que exsurge da ameaça a esses bens jurídicos pela atividade criminosa socialmente intolerável; 4) pela exigência de dolo específico e descrição pormenorizada da matéria proibida, que conferem determinabilidade ao tipo penal.

Entendimento contrário implicaria admitir que as autoridades assistam impassíveis ao curso regular de condutas cujos desdobramentos tendem a converter-se, inexoravelmente, no fortalecimento de organizações terroristas

e na prática de atos terroristas. Uma omissão desse género seria temerária e imperdoável, constituindo grave violação do dever constitucional de garantia da liberdade e segurança dos cidadãos⁵, que levou o legislador a elencar o terrorismo entre os crimes de investigação prioritária em território português (art. 3º da Lei n.º 96/2017 de 23 de agosto).

REFERÊNCIAS

BECK, U. *Sociedade de Risco Mundial*, em busca da segurança perdida. Lisboa: Edições 70, 2015.

BRANDÃO C.; SIQUEIRA, L. Tipicidade e Perigo: para a compreensão da recepção penal da dicotomia do risco e do perigo. *Revista de Estudos Criminais* n.º 61, 2016, pp. 43-65.

COELHO, W. *Teoria Geral do crime*, volume I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris e Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1998.

COSTA, J. F. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

DIAS, J. F. *Direito Penal*, parte geral, tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

ELIAS, L. *Ciências policiais e segurança interna*, desafios e prospetiva. Lisboa: ISCPSI, 2018.

ESCUDEIRO, M. O terrorismo e o Tribunal Penal Internacional, in *Segurança Interna*, Desafios na sociedade de risco mundial, Lisboa: ISCPSI, 2018, pp. 76-107.

⁵ Constituição da República Portuguesa: “Artigo 27.º Direito à liberdade e à segurança 1. Todos têm direito à liberdade e à segurança”.

HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H. C. *Comentários ao Código Penal*, volume VII. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. *Derecho Penal del enemigo*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

PINHEIRO, A. S.; et al. O Direito Penal do inimigo e a protecção das liberdades individuais: o caso particular da privacidade, in *Direito & Política*, n.º 3. Loures: Diário de Bordo, 2013, pp. 6-27.

SILVA, E. S. de O.; et. al. Direito Penal preventivo e os crimes de perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no Direito, in *Temas de Direito Penal Económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 251-283.

VALENTE, M.M.G. *Direito Penal do inimigo e terrorismo*. Coimbra: Almedina, 2002.

Liberdade de expressão e Direito Penal: análise comparativa do uso de sanções criminais para conter abusos no discurso sob a ótica das cortes interamericana e africana de Direitos Humanos

Thomaz Fiterman Tedesco

Defensor Público do Estado de São Paulo
Mestrando em Direito Constitucional na Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo

RESUMO: A liberdade de expressão é um direito fundamental de elevadíssima importância, mas não ostenta caráter absoluto. Assim, conflitos com outros direitos acontecem e precisam ser resolvidos pelo intérprete. O presente estudo busca aferir como o conflito entre a liberdade apontada e o direito à honra tem sido tratado na Corte Interamericana de Direitos Humanos e na Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, especificamente quanto à possibilidade de uso do direito penal para criminalizar o uso abusivo da liberdade de expressão.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão. Limites. Sistemas regionais de direitos humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

ENGLISH

TITLE: Freedom of expression and criminal law: comparative analysis of use of the criminal sanctions to contain abuses in speech under the opinion of the Inter-American Court of Human Rights and African Court on Human and Peoples' Rights.

ABSTRACT: Freedom of expression is a fundamental right of great importance, but it is not absolute. Thereby, conflicts to others rights happen and must be decided by the interpreters. The present paper tries to determine how the conflict between freedom of expression and the right to honor has been decided by the Inter-American Court on Human Rights and the African Court on Human and People's Rights, specifically in relation to the possibility of using criminal law to restrain the abusive exercise of freedom of expression.

KEYWORDS: Freedom of expression. Limits. Regional human rights systems. Inter-American Court of Human Rights. African Court on Human and Peoples' Rights.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Breve apresentação dos sistemas regionais africano e interamericano de Direitos Humanos – 2.1 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a Convenção Americana e seus aparatos de fiscalização – 2.2 O Sistema Africano de Direitos Humanos: a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e seus aparatos de fiscalização – 3 A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a permissão de uso do Direito Penal para conter os abusos da liberdade de expressão – 4 A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos e a proibição da pena de prisão de forma absoluta em casos envolvendo a liberdade de expressão – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é um direito fundamental consagrado há muito. Trata-se da possibilidade de livremente comunicar ideias e opiniões (*to speak one's mind*), pelo meio que for – por escrito, verbalmente, por símbolos, pela imprensa, dentre outros –, ademais de possuir também uma dimensão social – a possibilidade de buscar e receber informações e opiniões alheias. Em razão dessa dupla operacionalidade, individual e social, o direito em questão

possui uma vinculação estreita com a democracia; afinal, para se falar em regime democrático, é preciso haver discurso livre, debate público vigoroso, e as fontes de informação para tanto devem ser plúrimas.

Tal a sua importância que, atualmente, a liberdade de expressão deixou de ter assento apenas nas constituições nacionais¹ e migrou também para os tratados internacionais, assumindo, assim, natureza de direito humano² civil e político. Trata-se, portanto, de um mínimo ético irredutível³ reconhecido tanto no âmbito global (sistema da Organização das Nações Unidas – ONU)⁴ quanto nos três sistemas regionais de direitos humanos mais consolidados (interamericano, europeu e africano).⁵

¹ No caso da Constituição brasileira de 1988, o enunciado normativo está previsto no art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

² Adota-se, aqui, por simplicidade, a diferenciação empreendida por boa parte da doutrina entre direitos fundamentais e direitos humanos, para enquadrar na primeira categoria os direitos do ser humano constitucionalmente (e, portanto, nacionalmente) assegurados e na segunda categoria os direitos de configuração similar assegurados em documentos internacionais de proteção do ser humano (por todos, SARLET, 2012, p. 29). Vale, no entanto, levar em conta a opinião de André de Carvalho Ramos, para quem a distinção terminológica citada já não guarda maior razão de ser, diante de uma aproximação cada vez maior entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos na temática. No entanto, destaca o autor que, ao mesmo tempo, ganha importância o estudo das diferenças de interpretação de determinado direito pelas instâncias nacionais e internacionais, realçando o perigo do “truque do ilusionista” de que instâncias jurídicas nacionais interpretem direitos humanos sob perspectiva nacional e ignorando ou desvirtuando a interpretação dada pelos órgãos internacionais encarregados do mister hermenêutico (RAMOS, 2014, pp. 41-42; RAMOS, 2015, p. 35).

³ Na feliz expressão de Flávia Piovesan: “O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Tal sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca de salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do mínimo ético irredutível” (PIOVESAN, 2017, p. 55).

⁴ Basta verificar a previsão do artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (resolução 217 A III da ONU): Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”; bem como o artigo 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o principal tratado onusiano a respeito dos direitos de primeira geração: “1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. [...]”.

⁵ Há embrionárias perspectivas em relação a um sistema regional árabe e a um sistema regional

Nada obstante a elevada importância do direito enfocado, também ele pode sofrer restrições. Interessa neste artigo analisar se o uso do direito penal com tal objetivo é autorizado pelas instâncias interpretativas internacionais. O risco de esfriamento do discurso (*chilling effect*) causado pelo expediente criminal é a grande preocupação subjacente ao tema, que já foi alvo, por exemplo, de Comentário Geral n. 34 do Comitê de Direitos Humanos da ONU.⁶

No presente estudo, no entanto, o enfoque será dado aos sistemas interamericano e africano. Adota-se aqui a visão de Frans Viljoen, para quem os estudos comparados relativos aos sistemas regionais de direitos humanos tendem a focar os sistemas europeu e interamericano (o primeiro em maior grau) e mantém o sistema africano à margem, muito embora todos os sistemas em funcionamento tenham muito a aprender uns com os outros, o que deveria motivar mais pesquisas envolvendo os três (VILJOEN, 2019, pp. 303-304). Pretende-se, portanto, contribuir para o desafio proposto pelo autor e realizar um empreendimento comparatista entre os dois sistemas.

asiático (PIOVESAN, 2018, p. 351; SHELTON; CAROZZA, 2013, pp. 93-105).

⁶ O Comitê é o principal órgão de monitoramento criado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. O órgão dispõe da capacidade de elaborar opiniões gerais, que seriam uma forma de interpretação autorizada de enunciados normativos do Pacto sob sua responsabilidade (PIOVESAN, 2018, pp. 254-261). A respeito do Comentário Geral n. 34, de interesse trazer o excerto a seguir: “47. *Defamation laws must be crafted with care to ensure that they comply with paragraph 3, and that they do not serve, in practice, to stifle freedom of expression. All such laws, in particular penal defamation laws, should include such defences as the defence of truth and they should not be applied with regard to those forms of expression that are not, of their nature, subject to verification. At least with regard to comments about public figures, consideration should be given to avoiding penalizing or otherwise rendering unlawful untrue statements that have been published in error but without malice. In any event, a public interest in the subject matter of the criticism should be recognized as a defence. Care should be taken by States parties to avoid excessively punitive measures and penalties. Where relevant, States parties should place reasonable limits on the requirement for a defendant to reimburse the expenses of the successful party. States parties should consider the decriminalization of defamation and, in any case, the application of the criminal law should only be countenanced in the most serious of cases and imprisonment is never an appropriate penalty. It is impermissible for a State party to indict a person for criminal defamation but then not to proceed to trial expeditiously – such a practice has a chilling effect that may unduly restrict the exercise of freedom of expression of the person concerned and others*”. O Comitê, dessa forma, assinala ser possível o uso do direito penal em matérias de conflito envolvendo a liberdade de expressão, embora recomende o seu abandono completo. Além disso, afirma peremptoriamente que o uso da pena privativa de liberdade nessas hipóteses é incabível.

Como dito, ambos os sistemas regionais que serão objeto do estudo contam com enunciados normativos expressos prevendo a liberdade de expressão e os seus limites, pois, como a prática nacional de exercício da liberdade analisada demonstra, muitas vezes, há conflito com direitos outros.⁷

A questão que se apresenta é se os dois sistemas regionais citados (mais especificamente, seus mecanismos jurisdicionais, ou seja, a Cortes Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos) admitem o uso do direito penal como limitador da liberdade de expressão em caso de exercício do direito considerado indevido ou abusivo. Impossível, no entanto, conhecer as normas relativas ao tema sem verificar a realidade interpretativa que as envolve. Não basta ler os tratados internacionais de direitos humanos ou as constituições para encontrar o significado da liberdade de expressão e os seus contornos, pois estes atos normativos não contam a história toda, sendo apenas o começo (GRIMM, 2009).⁸

Daí a necessidade de se estudar as decisões dos tribunais internacionais responsáveis por interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos – respectivamente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos – para escutar o que elas dizem acerca da possibilidade de conter a liberdade de expressão por meio de tipos penais.

Começa-se por uma breve explanação acerca do funcionamento dos dois sistemas regionais analisados para, então, adentrar-se na avaliação da jurisprudência das duas Cortes quanto ao tema em estudo.

⁷ A preocupação não é nova. Destacam Shelton e Carozza que, há mais de sessenta anos, os sistemas internacionais de direitos humanos lidam com o dilema da tensão entre a liberdade de expressão e direitos outros (2013, p. 801).

⁸ Dieter Grimm destaca, com clareza, que o texto não basta. É necessário, para realmente conhecer a norma que protege a liberdade de expressão, conhecer o contexto do local da aplicação e a interpretação que do texto é feita. No original: “*But here again the constitutional text does not tell the whole story. The interpretation of the text and its application in concrete cases matters as well. There are countries with rather broad limitation clauses that are narrowly interpreted as in Germany. But there are also countries with a narrow limitation clause that do not prevent severe restrictions. Ultimately it is decisive whether the state claims the power to enforce an objective truth, be it religious or secular, and legitimates its rule by this pre-determined truth, or whether the state sees its ultimate end in serving the freedom of its citizens so that different beliefs co-exist and rule is legitimated by consensus*” (GRIMM, 2009, p. 12).

2 BREVE APRESENTAÇÃO DOS SISTEMAS REGIONAIS AFRICANO E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

2.1 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a Convenção Americana e seus aparatos de fiscalização

Como já adiantado, existem, hoje, três grandes sistemas regionais de direitos humanos no mundo, que têm atraído a atenção tanto dos estudos acadêmicos quanto das vítimas de violações de seus direitos essenciais: o europeu, o americano e o africano. O sistema europeu de direitos humanos, incrustado no âmbito do Conselho da Europa,⁹ é o mais antigo e o mais consolidado.¹⁰

Se o sistema europeu é forjado no pós-segunda guerra, já em ambiente democrático – embora ainda sob impacto dos horrores da II Guerra – e em região relativamente homogênea em termos de desenvolvimento, o sistema interamericano encara contexto de nascimento bastante diverso.¹¹ Narra André de Carvalho Ramos que o anteprojeto da Convenção Americana de Direitos Humanos foi elaborado em 1967 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e que, já em 1969, durante a Conferência Interamericana Especializada sobre Direitos Humanos, ocorrida em San José da Costa Rica, foi adotado o texto da Convenção (RAMOS, 2015, p. 218). A Convenção entrou em vigor em 1978, após atingido o número mínimo de ratificações.

⁹ Não se trata de estrutura vinculada à União Europeia. O Conselho da Europa e a União Europeia são organizações internacionais diversas, sem hierarquia entre si, valendo notar que o órgão jurisdicional da primeira é a Corte Europeia de Direitos Humanos, que trata de temas ligados à Convenção respectiva, enquanto o da segunda é o Tribunal de Justiça da União Europeia, que trata de temas comunitários, não apenas vinculados aos direitos humanos.

¹⁰ A Convenção Europeia de Direitos Humanos entrou em vigor em 1953 e, em 2016, contava com 47 Estados-partes. Seu mecanismo de garantia é judicial, consistente na Corte Europeia, um tribunal permanente, dotado de 47 juízes. Como o referido sistema não é objeto do presente estudo, para aprofundamento, recomenda-se PIOVESAN, 2017, e RAMOS, 2015.

¹¹ Como explica André de Carvalho Ramos, no âmbito americano a proteção de direitos humanos tem como pilares quatro principais diplomas normativos: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador. Derivam daí dois sistemas paralelos de proteção, o sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA), que se baseia na Declaração e na Carta da OEA, e o mais específico sistema da própria Convenção Americana (RAMOS, 2015, p. 201). Neste artigo, o sistema da OEA não será objeto de atenção.

O contexto da época, no entanto, aponta para um paradoxo. Na preciosa lição do autor, a OEA à época era infestada por ditaduras que, à primeira vista, pouco interesse teriam em aderir a um tratado de direitos humanos – o que seria contra intuitivo.¹²

Para Ramos, no entanto, o paradoxo se explica pela intenção das ditaduras regionais de obter legitimidade internacional e dissimular as notórias violações de direitos humanos ocorridas em seus territórios, buscando demonstrar uma inexistente semelhança entre elas e os Estados verdadeiramente democráticos (2015, pp. 218-219).¹³

Piovesan também se atenta para o contexto de surgimento do sistema regional americano. Assinala a autora que, em 1978, quando a Convenção Americana entrou em vigor, menos da metade dos Estados-partes que ratificaram o tratado tinha governos democráticos. Haveria, assim, uma divisão entre dois períodos na atuação do sistema interamericano,¹⁴ o primeiro marcado pelos

¹² Chama a atenção o contexto histórico da época da elaboração da Convenção, na qual a OEA era infestada por ditaduras dos mais diversos quilates e apoiadas pelos Estados Unidos (sem contar Cuba, cujo governo havia sido suspenso da OEA em 1962). No caso brasileiro, a repressão política e a violência do regime vicejavam. Em 1968, a ditadura havia editado o Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, pelo qual a repressão se autoconcedeu poderes absolutos e fechou o Congresso Nacional. Esse ato formalizou o arbítrio, o abuso e a violação de direitos. Paradoxalmente, essa mesma Ditadura Militar, sob o comando do General Presidente Emílio Garrastazu Médici (que havia tomado posse em outubro de 1969, sucedendo uma Junta Militar), enviou representantes à Conferência de San José da Costa Rica, que foram recebidos normalmente pela OEA e participaram das discussões e votações [...] (RAMOS, 2015, p. 218).

¹³ É a mesma leitura de Eric Posner, que trata mais genericamente dos motivos pelos quais um país ingressa em um sistema internacional de direitos humanos, seja ele regional ou global. Para ele, países com governos autoritários, mesmo que não dependam economicamente dos países ricos do norte global, utilizam o ingresso nos sistemas de direitos humanos como uma boa opção de relações públicas internacionais, como forma de assegurar que se importam com os direitos humanos, ao mesmo tempo em que não creem na real possibilidade de serem constrangidos pelos referidos tratados na prática (2014, p. 62). Nas palavras do autor: “*authoritarian countries that are not poor or dependent on the West might see human rights treaties from a public relations vantage, as a way of reassuring their own citizens or foreigners that they care about human rights*” (POSNER, 2014, p. 62).

¹⁴ Abramovich capta três períodos, e não dois: o inicial, sob os auspícios das ditaduras da região e com incidência das graves e sistemáticas violações de direitos humanos; o segundo, abarcando a redemocratização dos países do bloco, em que a incidência maior de casos envolveu o acompanhamento de processos políticos voltados ao enfrentamento do passado; e o atual, em que os países da região obtiveram uma democracia em fase de consolidação, mas

regimes ditatoriais – quando do nascimento do sistema – e o atual, ocorrido após a redemocratização dos países da região na década de 80 do século passado (PIOVESAN, 2017, p. 143).

Assim, o sistema regional americano nasce sob o signo do autoritarismo, sob a crença das ditaduras da região de que não haveria efetividade real em seu funcionamento. O contrário, contudo, ocorreu. O sistema não só avançou como passou por uma sofisticação dos temas discutidos – se na primeira fase os órgãos interamericanos lidavam exclusivamente com violações sistemáticas e graves de direitos humanos envolvendo execuções sumárias, desaparecimento forçado, tortura e congêneres, na segunda fase o catálogo de violações passa a envolver direitos das minorias sexuais, consentimento médico informado, direitos da criança migrante e refugiada e temas ligados à liberdade de expressão, matéria do presente estudo.

Explicado brevemente o contexto histórico de surgimento do sistema, cabe analisar a estrutura geral do seu mais importante diploma normativo: a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Trata-se de pacto internacional multilateral de direitos humanos que se concentra em elencar direitos humanos civis e políticos, reservando aos direitos econômicos, sociais e culturais um único artigo.¹⁵ Há extenso catálogo de direitos humanos ditos de primeira geração: protege-se o direito à vida, ao nome, à nacionalidade, à liberdade de expressão, de crença e religiosa, ao devido processo legal, entre vários outros.

que ainda contam com sérias fragilidades institucionais e severos problemas de desigualdade e inadequada distribuição de renda (2009, pp. 9-10).

¹⁵ Basta verificar que todo o capítulo II do Tratado abarca direitos civis e políticos, totalizando vinte e dois artigos. O capítulo III, que trata dos direitos econômicos, sociais e culturais, traz um único artigo – o artigo 26 –, que pouco detalha quais seriam os direitos de segunda geração ali previstos e se resume a exortar os Estados a uma aplicação progressiva dessa categoria de direitos: “Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”. A previsão de rol mais amplo de direitos econômicos, sociais e culturais apenas passa a integrar o sistema interamericano após a adoção do Protocolo de San Salvador.

A Convenção trouxe consigo, como aparatos de garantia, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (artigo 33 da Convenção). O sistema interamericano copiou a forma de funcionamento do sistema europeu à época, prevendo um órgão quase-judicial e um judicial, bem como a obrigatoriedade de um procedimento bifásico, pois há necessidade de que as situações a serem levadas à Corte sejam, previamente, tratadas pela Comissão.¹⁶ Somente os Estados e a Comissão podem acionar a Corte – ou seja, indivíduos e ONG não têm acesso direto à Corte –, e é necessário que o Estado reconheça a jurisdição do Tribunal para que um caso contra si possa ser judicializado (artigos 61 e 62 da Convenção).

Neste artigo, será enfocada a atuação da Corte Interamericana e sua interpretação do artigo 13 da Convenção. Antes, porém, é caso de fazer uma abordagem panorâmica também do sistema regional africano.

2.2 O Sistema Africano de Direitos Humanos: a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e seus aparatos de fiscalização

Se o sistema europeu é o mais antigo e consolidado e o interamericano é o intermediário, o sistema africano é o mais jovem e, por ora, segue sendo o mais incipiente (PIOVESAN, 2017, p. 237). A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul, pois foi lá o seu nascimento), o principal instrumento normativo do sistema, vem à luz em 1981, passando a vigorar em 1986.¹⁷ O seu texto só previu como aparato de garantia a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos,¹⁸ sendo que a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos – a faceta judicial do sistema africano, portanto – surge

¹⁶ Vale notar que o sistema europeu, após a aprovação do Protocolo n. 11, eliminou a Comissão europeia e manteve apenas a Corte, que desde então é permanente e com acesso direto dos indivíduos.

¹⁷ “Isto é, se o sistema regional europeu nasceu na década de 50, revelando hoje os acúmulos obtidos ao longo de mais de cinco décadas, e o sistema interamericano consolidou-se a partir da década de 70, o sistema africano emergiu na década de 80, refletindo hoje os acúmulos das duas últimas décadas” (PIOVESAN, 2017, p. 237).

¹⁸ Capítulo I da Parte II da Carta.

por intermédio de Protocolo posterior, já no final da década de 90 do século passado.¹⁹ Os primeiros juízes da Corte só assumem as funções em 2006.

É notória a grave situação dos direitos humanos no continente. Basta citar o fato de que, na lista da ONU de 2011 dos países menos desenvolvidos do globo (*LDC list*), dos cinquenta integrantes, trinta e três são países africanos (“Dos 50 países que compõem a lista, 33 são africanos, o que totaliza quase 70% do grupo” – FEFERBAUM, 2012, l. 315-316). Pessoas morrem em quantidades massivas por doenças e fome; há conflitos étnicos intensos, muitos deles como consequência do regime colonial que ali perdurou e definiu de forma arbitrária fronteiras entre os Estados; golpes de estado e ditaduras sobejam.

Tal quadro não é novo, embora persista até hoje. A necessidade de um sistema regional de proteção em tal contexto, portanto, é evidente, e o atraso de seu surgimento, da mesma forma, causa espécie.

A doutrina busca dar uma explicação. Segundo Killander, o discurso dos direitos humanos na África teve um papel importante no século XX como fator de contraposição ao colonialismo; exortações nesse sentido foram realizadas já ao fim da I Guerra Mundial, no Primeiro Congresso Pan-Africano, bem como nos Terceiro, Quarto e Quinto Congressos (em Lisboa, Nova York e Manchester respectivamente). Em todos eles, o discurso de direitos humanos ecoou, com os participantes clamando contra a escravidão, contra o analfabetismo, contra o trabalho forçado, a favor dos direitos civis e políticos, mas, principalmente, a favor da autodeterminação dos povos do continente e contra o domínio colonial (KILLANDER, 2010, pp. 389-390).

É assim que, em 1963, surge a Organização da Unidade Africana (OUA), posteriormente substituída pela União Africana (UA, em 2002), cuja carta fazia menção aos direitos humanos e citava, inclusive, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, reconhecendo, portanto, ao menos em tese, a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos em sua concepção contemporânea (KILLANDER, 2010; RAMOS, 2015).

¹⁹ Protocolo relativo a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, adotada em 1998 e em vigor desde 2004.

Ocorre que, com a descolonização e a consequente obtenção da tão desejada independência no referido período (principalmente a partir do final da década de 50 e no decorrer década de 60), os novos Estados nacionais africanos passaram a dar menos atenção à agenda dos direitos humanos civis e políticos, que manteve interesse discursivo apenas contra a ainda existente dominação de uma minoria branca em partes do território do continente:

Contudo, a partir da consolidação da independência, o discurso de respeito aos direitos humanos internacionais foi atenuado, mantendo-se aceso nas discussões sobre direitos econômicos (e uma nova ordem internacional) e na luta contra os regimes racistas da Rodésia (atual Zimbábwe) e África do Sul (RAMOS, 2015, p. 271).²⁰

Doravante, a soberania nacional derivada da autodeterminação conquistada se torna a principal preocupação dos novos países, razão pela qual um regime de direitos humanos internacional com poder para penetrar esse escudo jurídico-político não é algo que lhes interesse.²¹

²⁰ Killander deixa claro que, a partir do momento em que a independência é conquistada, os Estados nacionais deixam de se valer do discurso de direitos humanos como instrumento de luta política: “*With more and more African states gaining independence, there was less focus on human rights except as a tool in the fight against colonialism and white minority rule in southern Africa. In 1963 the OAU was created. A few token references to human rights were included, but it is clear that the human rights language that had been used in opposition was no longer of value. To the extent that any attention was given to human rights by African leaders their priority was on socio-economic rights*” (KILLANDER, 2010, p. 390). Baricako segue o mesmo norte, ressaltando que, embora a ideia de criar um tratado de direitos humanos regional retroceda à década de 60, a então OAU tinha à época outras prioridades, envolvendo o processo de descolonização, desenvolvimento econômico e a união política do continente (BARICAKO, 2008, pp. 1-2).

²¹ “O processo histórico que levou a África à conformação atual de violação generalizada dos direitos humanos convergiu com o surgimento do Estado violador. Com raízes no colonialismo, o modelo de Estado como divisão lógica do espaço nasceu prejudicado pela divisão artificial, cuja única lógica era a conveniência econômica europeia, por sua vez totalmente incompatível com os limites políticos nativos. Deu-se, com isso, o início de uma rivalidade étnica, presente fortemente ainda hoje. Foi também durante o colonialismo que surgiu um modelo de dominação, ainda presente em muitos Estados. Baseado no privilégio de poucos, esse modelo só agravou as rivalidades existentes e criou outras onde não havia. Sob esse cenário, desenrolou o processo de descolonização, cuja estratégia levou à emergência de Estados autoritários e violadores dos direitos humanos, sob vistas grossas não só da OUA, com a blindagem política, mas também do resto do mundo, haja vista os interesses dos blocos capitalista e comunista

De todo modo, o sistema regional finda surgindo, sendo caso de esquadrihar sua estrutura. Sua pedra angular é a Carta de Banjul. Ela possui aspectos inovadores, que a diferenciam dos tratados regionais irmãos europeu e americano: confere grande atenção às tradições e valores da civilização africana; adota perspectiva coletivista, enfatizando o direito dos povos, inclusive a autodeterminação, lente a partir da qual os direitos do indivíduo são considerados; adere à concepção contemporânea dos direitos humanos, pois abarca, no mesmo instrumento, direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais; e prevê deveres fundamentais do indivíduo (PIOVESAN, 2017, p. 240). Prevê-se, exemplificativamente, como direitos individuais os direitos à liberdade de reunião, à personalidade jurídica, religião, expressão, de ir e vir, à propriedade, à educação e à saúde, dentre outros; além de estarem previstos os direitos coletivos, como o direito dos povos a serem livres da dominação, a livremente explorar seus recursos e riquezas naturais e ao desenvolvimento econômico, social e cultural, além de outros.

Com a Carta, surge a Comissão Africana, que de forma similar a sua contraparte americana, tem funções promocionais e protetivas.²² Entende Makau Mutua, no entanto, que o órgão não logrou fazer avançar a agenda de direitos humanos no continente,²³ motivo pelo qual, já em 1998, surge o Protocolo criando a Corte regional e, assim, inseminando componente judicial no sistema, à semelhança dos dois sistemas regionais mais antigos.²⁴ A apresenta-

em expandir durante a Guerra Fria suas influências políticas, que se dava pelo apoio político e material a governos autoritários e milícias antigovernistas (o governo de Mobutu no Zaire, atual Congo-Kinshasa, ilustra muito bem essa situação). Ao final, a forma estatal tornou-se vazia, sem instituições sustentáveis, servindo tão somente como instrumento de dominação. O resultado foi a privação crônica de liberdades dos africanos, que por sua vez refreou o desenvolvimento do continente” (FEFERBAUM, 2012, l. 1422-1432).

²² Não é objeto deste artigo analisar a Comissão Africana. Para aprofundamento, conferir BARICAKO, 2008, em que se verifica em detalhes a composição, funcionamento e funções.

²³ “*Hopes by observers of the African Commission that its commissioners would robustly construe the Charter’s powers to alleviate its weaknesses have largely gone unrealized. With respect to specific functions, and to its performance in general, the African Commission has been a disappointment*” (MUTUA, 1999, p. 345).

²⁴ A Comissão sofreu e sofre muito em razão de um sufocamento orçamentário, que impede de maneira bastante grave o seu funcionamento. O financiamento externo se tornou vital para manter as atividades do órgão, sob pena de paralisia, o que, por si só, demonstra a falta de vontade da UA de vê-la agindo de maneira efetiva (BARICAKO, 2008, pp. 12-16).

ção de casos à Corte é autorizada aos Estados-partes, à Comissão Africana, às organizações intergovernamentais africanas e, caso haja declaração expressa do Estado, também aos indivíduos e ONG é dado o poder para tanto (artigos 5 e 34 do Protocolo de criação do Tribunal).

Há previsão convencional expressa no Protocolo de que a Corte Africana tem jurisdição para tratar de casos que envolvam a interpretação não apenas da Carta de Banjul, mas também de qualquer tratado internacional de direitos humanos que tenha sido ratificado pelo Estado a ser julgado (art. 3º, (1)).²⁵ Como se verá abaixo, a autorização não tem sido ignorada pelo órgão judicial, que, nos casos concernentes à liberdade de expressão, busca se utilizar do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos do sistema global da ONU.

Apresentados os sistemas regionais e as Cortes que os integram, o próximo tópico iniciará o estudo da jurisprudência dos dois tribunais em relação ao uso do direito penal como meio admissível de constrição do discurso.

3 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PERMISSÃO DE USO DO DIREITO PENAL PARA CONTER OS ABUSOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

No caso da Convenção Americana de Direitos Humanos, interessa para a presente pesquisa os enunciados normativos previstos nos artigos 11²⁶ e 13²⁷.

²⁵ *Article 3 Jurisdiction. 1. The jurisdiction of the Court shall extend to all cases and disputes submitted to it concerning the interpretation and application of the Charter, this Protocol and any other relevant Human Rights instrument ratified by the States concerned.*

²⁶ Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

²⁷ Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode

Eles consagram o direito à proteção da honra e à liberdade de expressão, respectivamente.

O artigo prevendo a liberdade de expressão é bastante robusto, prevendo em seus parágrafos: (1) o próprio direito e sua faceta social, de poder buscar e ter acesso à informação; (2 e 4) a impossibilidade de censura prévia de forma quase absoluta (à exceção do controle de acesso à espetáculos públicos com o fim de proteger as crianças) e a admissão de responsabilidade ulterior pelo mau uso da liberdade de expressão, pelos motivos que ali elenca, dentre eles, o respeito à reputação alheia; (3) a proteção contra o uso de meios indiretos para obstar o direito; e (5) a proibição do discurso de ódio (*hate speech*).

A simples leitura já esclarece o quão rico é o enunciado em questão, fornecendo diversos parâmetros para que o intérprete resolva os casos concretos já com uma base bastante segura. O trabalho da Corte Interamericana, portanto, fica facilitado pelo texto do Pacto de San José.

Tanto assim que a doutrina é bastante elogiosa a respeito. Antkowiak e Gonza ressaltam que o único tratado internacional a proibir a censura prévia é a Convenção Americana, sendo ela, portanto, mais protetiva que os demais instrumentos de direitos humanos nesse particular (ANTKOWIAK; GONZA, 2017, p. 244). Burgorgue-Larsen e Úbeda de Torres enaltecem, particularmente, o parágrafo (2) do artigo, que trata das responsabilidades ulteriores:

A originalidade do artigo 13 está no fato de ele incorporar as principais categorias de restrições em um esquema geral baseado no princípio de que meios técnicos de disseminar ideias, opiniões, informação ou trabalhos artísticos não deveriam ser usados como forma de restringir a liberdade de expressão (artigo 13, (2) e (3)). Ao assim fazer, a Convenção Americana insiste num princípio de liberdade de expressão sem restrições, ou ao menos com o míni-

restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

mo de restrições possíveis, e que a razão de ser de tais restrições é a proteção do interesse geral e os direitos dos outros (artigo 13 (2)). Como consequência, a Corte tem um campo interpretativo bastante estreito para identificar as restrições possíveis à liberdade de expressão (2013, p. 548).²⁸

Fiando-se em tal base normativa, a Corte tem sido uma firme defensora do direito à liberdade de expressão nas Américas. A Opinião Consultiva n. 5/85 (OC n. 5/85),²⁹ cujo objeto era a obrigatoriedade ou não de registro profissional obrigatório e diploma universitário para o exercício da atividade de jornalista, foi a primeira oportunidade do tribunal para interpretar o dispositivo inscrito no artigo 13 da Convenção.

Ali, a Corte definiu a premissa de que o direito em questão dispõe de dupla dimensão, uma individual e uma social, e que a violação da dimensão individual inexoravelmente afeta o seu efeito coletivo, pois impede os demais de terem acesso àquela opinião (parágrafo 30 da OC)³⁰; que restrições ao direito são possíveis, desde que adequadas à previsão do artigo 13, (2), sendo que a censura prévia só será válida na hipótese excepcionalíssima e literalmente prevista no (4) do mesmo dispositivo (parágrafos 36-39 da OC); e que, comparada a Convenção Americana à Convenção Europeia de Direitos Humanos, a primeira contém lista menor de restrições ao direito sob foco, sendo, portanto, mais protetiva, até mesmo por possuir a expressa previsão de proteção contra meios indiretos que obstem o livre fluir de ideias e opiniões, algo sem paralelo

²⁸ Tradução livre. No original: “*The originality of article 13 is that it incorporates the major categories of restrictions into a general scheme based on the principle that the technical means of disseminating ideas, opinions, information, or works of art should not be used as a way of restricting the freedom of expression (article 13 (2) and (3)). In so doing, the American Convention insists on the principle of an unfettered freedom of expression, or at least one with the fewest possible restrictions, and that the reason for these restrictions is to protect the general interest and the rights of others (article 13 (2)). As a result, the Court has a very narrow interpretation of what restrictions to the right of expression can be allowed*”.

²⁹ La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

³⁰ A dupla dimensão e operacionalidade do direito à liberdade de expressão finda sendo reiterada pela Corte Americana com frequência, como se vê nos casos Ricardo Canese, parágrafos 77-80; Herrera Ulloa, parágrafos 108-111; Ivcher Bronstein, parágrafos 146-149; Olmedo Bustos, parágrafos 64-67.

nos textos do tratado europeu ou do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU (parágrafos 45 e 47 da OC).

Ainda na OC 5/85, conclui a Corte quanto à disposição normativa analisada (parágrafo 50):

50. A análise anterior do artigo 13 evidencia o altíssimo valor que a Convenção atribui à liberdade de expressão. A comparação feita entre o artigo 13 e as disposições relevantes da Convenção Europeia (artigo 10) e do Pacto (artigo 19) demonstra claramente que as garantias da liberdade de expressão incluídas na Convenção Americana foram elaboradas para serem as mais generosas e para reduzir ao mínimo as restrições à livre circulação das ideias.

Deixou-se claro que a regra convencional americana, portanto, é protetiva da máxima liberdade, sendo as restrições o excepcional. O registro obrigatório profissional foi considerado um meio indireto de restrição que não respeita os objetivos previstos no artigo 13, (2), razão pela qual a consulta opinou pela incompatibilidade com a Carta de San José da Costa Rica.

Após esse *leading case*, a Corte, no decorrer dos anos, também analisou diversos casos concretos envolvendo a liberdade de expressão no exercício de sua competência contenciosa, seguindo aquela linha inicial de resguardar a liberdade de expressão da forma mais ampla possível. Especificamente quanto à possibilidade de uso do direito penal como meio de proteção do direito à honra e, conseqüentemente, como limitação aceita e necessária em uma sociedade democrática, é de se notar que a Corte o tolera, embora sempre ressaltando que somente como último meio, sob pena de não vencer a análise de proporcionalidade.

Assim é que, em *Palamara Iribarne v. Chile*³¹, a Corte de San José realçou o umbral diferente de proteção à liberdade de expressão quando o seu exercício em concreto envolve agentes públicos ou figuras públicas, pois aí o interesse público envolvido é mais candente (parágrafos 82-84); que as restrições à liberdade de expressão devem ser legislativamente previstas, atender a um dos

³¹ *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.*

requisitos do art. 13, (2), da Convenção e serem as menos invasivas do direito possíveis, demonstrando-se de forma indiscutível a preponderância do interesse em conflito para que possa se considerar convencional a restrição (parágrafo 85); mas que, caso haja o atendimento das referidas premissas, leis penais que punam determinadas manifestações de pensamento são possíveis (parágrafo 92).

Em *Tristán Donoso v. Panamá*³², em que se discutiu, diretamente, um conflito entre a liberdade de expressão e o direito à honra³³, a Corte expressamente afirmou que “não considera contrária à Convenção qualquer medida penal a propósito da expressão de informações ou opiniões”, ressaltando a especial cautela que tais casos envolvem e sua excepcionalidade (ante a gravidade de uma consequência penal), além de destacar que o ônus da prova de que os requisitos para a restrição do discurso estão presentes serem todos de quem formula a acusação (parágrafo 120).

A Corte Interamericana tem uma preocupação de alta monta com a circulação e acesso à informação³⁴ e, conseqüentemente, teme que medidas penais descabidas gerem o efeito de esfriamento do discurso. Ao mesmo tempo, no entanto, partindo da análise conjunta e sistemática dos artigos 11 e 13 da Convenção – especialmente a possibilidade de responsabilidade ulterior pela expressão do pensamento quando ofensiva à reputação alheia, prevista no artigo 13, (2), alínea “a”, e pelo direito de proteção legal contra ofensas à honra, previsto no artigo 11, (3) –, considera que há espaço, ainda que excepcional, para que leis penais sejam utilizadas contra abuso no exercício do direito aqui estudado.

³² *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.*

³³ Tristán Donoso é um advogado que, após gravação clandestina de uma conversa sua com um cliente, divulgada pela autoridade máxima do Ministério Público panamenho, concedeu entrevista acusando a referida autoridade da prática dos atos. Teve contra si instaurados processos criminais por crime contra a honra.

³⁴ Em *Claude-Reyes v. Chile*, por exemplo (*Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151*), a Corte extraiu, a partir do artigo 13 da Convenção, o direito de todo cidadão demandar acesso a informações de interesse público mantidas pelo Estado. Burgorgue-Larsen e Úbeda de Torres citam esse julgamento como paradigmático da grande proteção dada à liberdade de expressão no sistema interamericano, pois a Corte, sem que houvesse enunciado literal expreso, declarou a existência do referido direito humano pela via interpretativa (2013, pp. 543-546).

Em *Mémoli v. Argentina*³⁵ e *Kimel v. Argentina*³⁶, há declaração ainda mais explícita, aduzindo serem legítimas medidas civis ou penais que envolvam a liberdade de expressão como forma de evitar o seu uso abusivo. Não seria o caso, portanto, de vedar a via penal em abstrato, mas, sim, analisar concretamente se o critério quadripartite de proporcionalidade teria sido ultrapassado (parágrafos 126 e 78, respectivamente).

Tal critério da Corte Interamericana para avaliar se a restrição do direito previsto na Convenção é proporcional consiste em quatro etapas sucessivas: (i) se existe previsão em lei formal e material da restrição, (ii) se ela busca um fim legítimo definido no rol no artigo 13, (2), (iii) se tal medida é necessária e (iv) sua proporcionalidade (Caso *Tristán Donoso*, parágrafo 116; BURGORGUE-LARSEN; TORRES, 2013, pp. 552-558).

De destacar que, no caso *Mémoli*, a Corte decidiu que a punição criminal aplicada aos requerentes por conta de publicações suas criticando determinados membros da direção da Associação Italiana de San André de Giles atenderam ao crivo da proporcionalidade. Os requerentes criticaram publicamente alguns membros da direção por suposta fraude que teriam realizado e que envolveria a venda de terrenos do cemitério público local.

A Corte não só não identificou interesse público no caso em apreço – entendendo que, ao fim e ao cabo, a discussão envolvia particulares somente (parágrafo 146) –, como admitiu que um dos requerentes, que é jornalista e fez a denúncia pública em sua atividade-fim, não estava salvaguardado de forma absoluta contra uma condenação criminal. Interessante apontar que, no referido julgado, o tribunal define parâmetros de controle da atividade do jornalismo, exigindo um dever desse profissional de constatar de forma razoável se as informações de que dispõe são verídicas, ainda que de forma não exaustiva, ou seja, exigindo diligência na apuração dos fatos, de modo a preservar o direito de acesso dos cidadãos a opiniões não manipuladas (parágrafos 121-123).

³⁵ *Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265.*

³⁶ *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.*

Ademais, as sanções penais aplicadas em concreto aos requerentes – pena privativa de liberdade, ainda que em suspenso – foram avaliadas como adequadas, destacando a Corte não poder se substituir às autoridades nacionais nessa avaliação (parágrafo 144). Aceitou, assim, a pena privativa de liberdade como medida apta à responsabilidade ulterior daquele que abusa do seu direito à liberdade de expressão em determinados casos.

Mais, a Corte, expressamente, identificou uma obrigação positiva derivada do artigo 11, (3), da Convenção Americana, consistente no dever de o Estado garantir a proteção à honra por meio de medidas legais (parágrafo 125); ou seja, há um dever jurídico internacional daí derivado, e não mera autorização. Reforçou-se, assim, a necessidade de criação, nos ordenamentos jurídicos nacionais, de respostas legais para o caso de difamação e congêneres.

O entendimento da Corte atraiu crítica, especialmente o caso *Mémoli. Antkowiak e Gonza* adotam posição contrária à esposada, reputando que jamais uma pena criminal ultrapassa o crivo da proporcionalidade interamericana, pois resfria o discurso (pela autocontenção do emissor, que teme a pena) e, consequentemente, enfraquece a democracia (ANTKOWIAK; GONZA, 2017, pp. 249-251).

Carla Patrícia Lopes opina que o precedente em questão destoa da jurisprudência que a Corte vinha construindo até então, retirando a liberdade de expressão de seu patamar de valor preferencial e colocando-a no mesmo nível dos demais direitos previstos na Convenção; além disso, ao julgar que jornalistas podem ser condenados por crimes contra a honra, afasta-se ainda mais de todo o manancial de precedentes, enfraquecendo o direito de livremente se manifestar (LOPES, 2016, pp. 212-213).

Feita essa verificação panorâmica do entendimento da Corte Interamericana, passa-se ao estudo da jurisprudência da novel Corte Africana sobre o mesmo problema jurídico.

4 A CORTE AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS E A PROIBIÇÃO DA PENA DE PRISÃO DE FORMA ABSOLUTA EM CASOS ENVOLVENDO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Carta Africana também prevê expressamente a liberdade de expressão em seu bojo, mais especificamente no artigo 9º, em enunciado bastante singelo, limitando-se a garantir o direito de acesso à informação e o direito a exprimir e difundir suas opiniões³⁷.

O próprio artigo já prevê que a liberdade de expressão deve ser realizada no âmbito permitido pelas leis e regulamentos, nada acrescentando acerca de que motivos ou razões poderiam servir para embasar tais leis.

Vê-se, de logo, que há clara distinção quanto ao analisado no tópico anterior; a Corte Interamericana dispõe de enunciado normativo mais robusto de onde partir, já com algumas definições mais claras que facilitam o processo interpretativo, enquanto a Corte Africana parte de um enunciado extremamente raso constante da convenção internacional sob seu encargo³⁸.

³⁷ Artigo 9º. 1.Toda pessoa tem direito à informação. 2.Toda pessoa tem direito de exprimir e de difundir as suas opiniões no quadro das leis e dos regulamentos.

³⁸ E não é só. Enquanto a Convenção Americana possui disposição normativa específica que trata de critérios hermenêuticos – o artigo 29 –, a Carta Africana nada diz a respeito, deixando sob encargo do intérprete definir as diretrizes e métodos de que se valerá. Ressalte-se, no entanto, que as três Cortes regionais de Direitos Humanos possuem um farol na matéria, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, pois referido tratado traz expressos critérios interpretativos: “Artigo 31. Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a)qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b)qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a)qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b)qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c)quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes. Artigo 32. Meios Suplementares de Interpretação. Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31: a)deixa o sentido ambíguo

Isso atraiu a crítica da doutrina. Olaniyan percebeu a diferença do referido enunciado normativo quando comparado aos seus similares constantes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que são bem mais detalhados, inclusive na faceta social do direito em questão (OLANIYAN, 2008, p. 220).

Crítica ainda mais severa à Carta de Banjul ataca a existência de suas várias cláusulas de ressalva (*clawback clauses*) – cláusulas de restrição de direitos pouco exigentes –, que permitem aos Estados limitar os direitos humanos previstos sem grande dificuldade caso interpretadas literalmente (MUTUA, 1999, p. 358). A Carta Africana abusa delas e, com isso, cria o risco de abrir as portas a sua própria inefetividade. Feferbaum avalia que a maioria das referidas cláusulas na Carta estabelecem tão somente requisitos formais para que haja a restrição do direito (basta a existência de lei nacional restringindo o direito), pouco importando e sem definir, portanto, o conteúdo e a extensão da lei, o que é bastante problemático (FEFERBAUM, 2012, l. 843).

É o caso do artigo 9º, ao prever que a liberdade de expressão será exercida nos limites das leis e regulamentos nacionais; ora, uma interpretação literal pode levar o intérprete a erroneamente crer que qualquer legislação, com qualquer conteúdo, desde que válida formalmente, atenderia à cláusula e, assim, seria admitida pela Carta. Os direitos nela previstos, num quadro assim, seriam incapazes de limitar o Estado, pois o próprio Estado seria capaz de calibrar unilateralmente a sua obrigação internacional por autorização das amplíssimas cláusulas de ressalva literalmente interpretadas.

Para impedir esse esvaziamento, que atentaria contra a própria razão de ser da Carta, coube aos órgãos de controle interpretar o tratado e incrementar-lhe a força normativa, afastando o risco acima descrito. Embora a Comissão Africana, durante o período prévio à criação da Corte, já tenha iniciado o referido trabalho hermenêutico, o tribunal regional africano surgiu com ainda mais disposição para tanto. Trata-se de instituição pouco dada à autocontenção, o que tem garantido que o risco das *clawback clauses* não se tenha concretizado na prática.

ou obscuro; ou b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado?.

Já em seu primeiro julgamento de mérito, ocorrido em 2013, a Corte sinalizou o ritmo que pretendia imprimir ao seu mandato. No caso *Tanganyika Law Society, The Legal and Human Rights Centre e Reverend Christopher Mtikila v. Tanzânia* (Ap. 009/2011 e 011/2011), os requerentes pretendiam decisão da Corte condenando o Estado alvo a modificar sua Constituição. O país bane candidaturas individuais a cargos eletivos, exigindo a filiação partidária, e o banimento foi inscrito em nível constitucional.

Muito embora o artigo 13 da Carta de Banjul garanta o direito de participação livre na direção dos assuntos públicos, há cláusula de ressalva aduzindo que isso ocorre “em conformidade com as regras previstas em lei”. No entanto, a Corte Africana interpretou que a *clawback clause* em questão deveria ser temperada com as finalidades previstas no artigo 27, (2)³⁹, que estão na seção dos deveres (direitos de terceiros, segurança coletiva, moral e interesse comum), para identificar critérios hermenêuticos que limitassem essas previsões de ressalva. Ou seja, já em sua primeira manifestação de mérito, a Corte Africana enfrentou o assunto e sinalizou aos países do continente que leis que, em seu entender, violem direitos consagrados não seriam toleradas.

Ademais, a Corte definiu, desde logo, que uma avaliação de proporcionalidade deveria ser feita quanto ao ato normativo que restringe o direito humano previsto na Carta. Ao final, a Corte, unanimemente, declarou a violação do direito político de participação e exigiu a mudança constitucional para permitir as candidaturas independentes.

Assim como no precedente acima, nos casos envolvendo liberdade de expressão e direito penal, a Corte Africana também realiza escrutínio de proporcionalidade.

Como já abordado, a Corte Africana dispõe de autorização normativa para usar como parâmetro de controle das condutas estatais qualquer tratado de direito humano ratificado pelo Estado alvo, não apenas a Carta de Banjul. Assim, para contornar os riscos e problemas expostos acerca do artigo 9º da Carta Africana, a Corte utiliza em complemento o Pacto Internacional de Di-

³⁹ Artigo 27. [...]. 2. Os direitos e as liberdades de cada pessoa exercem-se no respeito dos direitos de outrem, da segurança coletiva, da moral e do interesse comum.

reitos Cíveis e Políticos que, em seu artigo 19⁴⁰, traz enunciado normativo bem mais detalhado do que o instrumento regional africano.

Dito isso, passa-se a uma investigação da jurisprudência africana a respeito do tema. O primeiro caso africano de interesse é o *Lohé Issa Konaté v. Burkina Faso*. O requerente, Issa Konaté, é um jornalista de Burkina Faso que publicou em seu periódico, *L'Ouragan*, artigos críticos a uma autoridade do Ministério Público local, acusando-o de envolvimento em atos ilícitos no exercício da função. Em razão disso, o ofendido acionou as vias judiciais criminal e cível para obter a condenação do jornalista por crime contra a honra e obter indenização. O Judiciário local entendeu ter havido abuso e, como consequência, condenou-o a doze meses de prisão e a uma condenação pecuniária de cerca de doze mil dólares, além de ter suspenso a publicação do jornal por seis meses.

O requerente, após esaurir os remédios domésticos, acionou a jurisdição internacional. Questionou a sua condenação, aduzindo que a situação confrontaria o disposto no artigo 9º da Carta de Banjul – a liberdade de expressão. O caso, julgado em 2014, foi favorável ao requerente.

A Corte definiu como diretriz que restrições à liberdade de expressão devem passar por uma análise tripartite, consistente (I) na identificação da base legal da restrição, que deve ser adequada aos padrões internacionais, (II) perseguir um objetivo legítimo e (III) ser proporcional ao objetivo buscado (parágrafo 125 da decisão)⁴¹.

⁴⁰ Artigo 19. 1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

⁴¹ O método usado pela Corte Interamericana para aferir se a restrição à liberdade de expressão está de acordo com a Convenção Americana é o mesmo utilizado pela Corte Africana. Embora esta última utilize método tripartite, vê-se que, em verdade, ela concentra na terceira etapa as terceira e quarta etapas do método interamericano.

Quanto ao primeiro, aduz a Corte que a lei restritiva deve ser clara, de modo a possibilitar que as condutas dos cidadãos possam a ela se adaptar, e respeitar os parâmetros de direito internacional (parágrafos 126-131 da decisão).

Em relação ao segundo, a Corte definiu que, quando o próprio dispositivo que prevê o direito na Carta não especifica os objetivos hábeis para a restrição, o único rol aceitável para tanto é aquele listado no artigo 27, (2) – direitos alheios, segurança coletiva e interesse público/social (parágrafo 134 da decisão). Ou seja, impediu-se, por essa forma de interpretar, que objetivos quaisquer ou muito amplos fossem alegados pelos Estados para limitar direitos humanos, criando-se rol taxativo – ainda que com tessitura normativa pouco densa, pois os conceitos envolvidos são indeterminados.

Quanto ao terceiro, a análise é de proporcionalidade. Deve-se aferir se a restrição é necessária e proporcional em sentido estrito no contexto de uma sociedade democrática (parágrafo 145 da decisão). A Corte reputa que a restrição deve ser a menos invasiva possível, se outras existirem e forem adequadas, e que o seu efeito deve ser ponderado com o objetivo que se quer resguardar.

Em relação à liberdade de expressão, esse *leading case* de logo já diferenciou a esfera de proteção da honra em relação às figuras públicas (parágrafos 155-156 da decisão), aduzindo a diferença no nível de proteção, de modo a não sufocar o debate público de temas de interesse social. Figuras públicas são obrigadas a aceitar crítica mais severa. Vê-se, aqui, que a Corte Africana segue o entendimento de sua contraparte americana integralmente (como visto no tópico anterior).

Ademais, os crimes contra a honra só são admissíveis como último recurso; embora não sejam violatórias da Carta Africana *per se*, não podem ser banalizadas, apontando que as Cortes Europeia e Interamericana também guardam grande cautela quando se veem diante de tais leis penais (parágrafos 158-159 da decisão).

A Corte, então, delimita que, embora o direito penal possa ser uma via adequada para conter abusos no exercício da liberdade de expressão em certos casos, a pena privativa de liberdade não o é, à única exceção de casos envolvendo discurso de ódio, incitação de crimes internacionais, incitação pública

à discriminação ou violência contra pessoas ou grupos em razão de raça, cor, religião ou nacionalidade (parágrafos 165-166 da decisão). Ou seja, criou um nível de exigência bastante alto já no primeiro julgado sobre o assunto, proibindo de forma absoluta a pena de prisão em crimes de difamação (parágrafo 167), aceitando-a apenas em situações muito excepcionais envolvendo violações muito graves⁴².

Um segundo caso de interesse (de alta voltagem política) foi o julgamento *Ingabire Victoire Umuhoya v. Ruanda*, que gerou, inclusive, reação forte do país: a retirada da declaração em que aceitava o acesso da Corte pelos indivíduos e ONGs.

No que interessa para a presente pesquisa, a requerente foi condenada por negação ou minimização do genocídio ruandês – o que é criminalizado no país – e por realizar discursos contundentes contra o governo e membros de poderes estatais. Exauridos os remédios nacionais, ela acionou a Corte Africana alegando violação de sua liberdade de expressão, pois não teria atuado com dolo de cometer o crime, mas, sim, teria realizado discurso de natureza política (trata-se de política atuante na oposição), mas a tipificação deveras vaga do delito teria permitido a sua condenação.

A Corte, nesse caso, se valeu fortemente do precedente *Konaté* para enfatizar a natureza relativa de todos os direitos, inclusive a liberdade de expressão, e relembrar o escrutínio tripartite de avaliação de eventuais restrições (parágrafo 133 da decisão). Avaliando a pena privativa de liberdade imposta à requerente – evidente restrição a sua liberdade de expressão –, o tribunal aduziu que a lei restritiva deve ser acorde aos parâmetros internacionais de direitos humanos (parágrafos 135-138 da decisão), o que implica em clareza e previsibilidade da tipificação. Nesta primeira etapa do exame, a Corte argumenta, utilizando a doutrina da margem de apreciação nacional – costumeiramente utilizada pela Corte Europeia de Direitos Humanos –, que os Estadospartes dispõem de um

⁴² Releva mencionar que o julgamento ocorreu por maioria de seis a quatro, pois a minoria entendeu de forma ainda mais restritiva, reputando que criminalizar a difamação ofende a Carta Africana, e não apenas a aplicação de pena privativa de liberdade – os crimes relativos ao discurso de ódio seriam a exceção admissível para os quatro juízes que formaram a minoria.

espaço de liberdade para definir seus tipos penais domésticos, ademais de o tipo de discurso a ser coibido (de negação de fatos históricos), por ser difícil de definir especificamente, admite leis penais menos precisas (parágrafo 138).

O objetivo buscado pelo Estado com a restrição – segunda etapa – também logrou ser ultrapassado validamente, pois, considerando o recente genocídio ocorrido no país, trata-se de lei visando a proteção da segurança coletiva e da ordem pública (metas previstas no artigo 27 da Carta Africana, que, juntamente com a moral pública, a saúde pública, a segurança nacional e os direitos alheios, são admissíveis como objetivos pela Corte – parágrafos 139-140).

A terceira etapa de avaliação do escrutínio, repita-se, é a proporcionalidade da medida no contexto de uma sociedade democrática. A Corte, reiterando o que disse em *Konaté*, aponta que o discurso político, o que envolve interesse público e tem envolvimento de figuras públicas merecem um grau de tolerância maior e, assim, podem ser restringidos, mas sempre em menor escala (parágrafo 142).

A Corte reputou que são válidas leis que criminalizem o tipo de discurso em análise (negação de fatos históricos), mormente quando o contexto nacional é tão patente quanto no caso ruandês. No entanto, apontou que a aplicação das referidas leis deve ser feita de maneira cuidadosa para não afetar de modo inconveniente a liberdade de expressão, o que teria ocorrido no presente caso. Por haver medidas menos restritivas para se alcançar o mesmo fim buscado, houve reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado ruandês.

De notar que o tribunal finda inovando em relação a *Konaté* quando admite a margem nacional de apreciação para o uso de direito penal pelos Estados (o que parece confrontar em parte com a sentença internacional anterior – parágrafo 138). Os Estados, assim, dispõem de alguma margem de liberdade para definir seus crimes e as respectivas punições, segundo o tribunal, o que pode ter reflexos futuros na prática nacional dos Estados e na jurisprudência da Corte.

Como o precedente *Umuhoza* tratou de tipo penal envolvendo delito de opinião de altíssima gravidade, bastante próximo ao discurso de ódio, é possível entender que há um contínuo entre esse e o caso *Konaté* (pois ali se explicitou que tais crimes seriam passíveis de prisão). No entanto, o uso da margem nacional de apreciação sustentado, aduzindo ser matéria nacional a definição de

tipos penais (parágrafo 138), levanta dúvidas acerca de como a teoria será usada doravante, inclusive em casos envolvendo a liberdade de expressão.

4 CONCLUSÕES

Após essa breve exposição, fácil notar que a Corte Interamericana já possui uma jurisprudência consolidada quanto à liberdade de expressão, inclusive em relação ao uso do direito penal como forma de limitá-la. Embora o órgão interamericano o aceite, destaca que não se trata de medida a ser usada de forma indiscriminada, pois levanta uma série de barreiras e se demonstra ativo para perscrutar em cada caso se houve violação ao direito à liberdade de expressão garantido na Convenção.

A Corte Africana, por sua vez, é um tribunal pouco dado à autocontenção, o que é demonstrado inclusive pelo caso *Konaté*, primeiro a tratar do tema e que, de imediato, já criou um obstáculo quase intransponível ao uso da pena privativa de liberdade como medida penal legítima para restringir a liberdade de expressão, ao reverso de sua contraparte americana, que até hoje não deu esse passo. Ao tribunal africano, normativamente, foram dados vários poderes, e ele não tem hesitado muito em usá-los.

O contexto de criação dos sistemas e das realidades políticas e sociais com as quais lidam pode dar uma pista sobre a diferença, ainda que sutil, entre as opções decisórias de cada Corte. É inegável que o continente africano padece de problemas sociais maiores que o americano – mas este, também, possui desafios grandes na área. A utilização indevida do direito penal como forma de calar vozes da oposição, por exemplo, em continente onde muitos regimes nacionais ainda são autoritários e não democráticos, pode ter estimulado a Corte Africana a criar a vedação quase absoluta à pena privativa de liberdade em delitos de opinião, buscando criar maior patamar protetivo (caso *Konaté*).

É possível que a Corte Interamericana, por sua vez, estando hoje em um contexto bastante diverso do de sua criação – um segundo período, no dizer de Flávia Piovesan –, se sinta segura a julgar de forma mais comedida a matéria,

reputando haver menor risco em confiar nos Estados quanto à utilização do direito penal no tema, por lidar com países em sua maioria democráticos.

O caso *Mémoli*, no entanto, sofreu severas críticas por aparentemente apontar para um caminho diverso do que vinha sendo seguido até então. Preocupante, particularmente, a aceitação do uso da pena privativa de liberdade como medida adequada em uma sociedade democrática para contrapor um abuso do direito de opinar.

Sabe-se que o direito penal atualmente dispõe de catálogo mais amplo de medidas que não apenas a prisão, que é a mais grave e, por isso, deve ser a *ultima ratio*. O fato de o sistema interamericano já estar em um nível avançado de consolidação, conjugado a sua jurisprudência sólida e coerente na matéria, permite que o Tribunal avance e restrinja o uso de medidas penais em casos envolvendo o livre discurso, aceitando apenas medidas diversas da prisão, ou, ao menos, que aponte critérios mais restritivos para que a pena referida seja admitida. Será necessário aguardar novos casos e eventuais desdobramentos após *Mémoli* para descobrir o trajeto escolhido pela Corte Interamericana.

Doutra parte, uma forte reação ao caso *Ingabire Umuhoza* no território africano gerou reflexão por parte dos juízes da Corte⁴³, que invocaram a margem de apreciação nacional como critério de aferição de condutas estatais – em forte contraste com o caso *Mtikila*, em que o Tribunal determinou mudança de normas constitucionais em matéria bastante controversa, de forma diametralmente oposta, por exemplo, ao que decidiu a Corte Interamericana em caso bastante similar, *Castañeda Gutman v. México*⁴⁴.

⁴³ O caso gerou forte reação por parte das autoridades nacionais, que, inclusive, deixaram de aceitar o petição individual de casos contra si perante a Corte.

⁴⁴ Caso *Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184*. Nesse caso, o requerente pretendia que a Corte declarasse que o impedimento de candidaturas individuais pelo ordenamento jurídico mexicano (assim como no Brasil, o México exige filiação partidária como requisito de elegibilidade eleitoral) ofendia a Convenção Americana. A Corte negou o pleito por entender que a Convenção não define modelo eleitoral único de elegibilidade, e que a escolha caberia aos Estados.

Aqui, também, será necessário aguardar o desenvolvimento da jurisprudência da Corte para analisar se o uso da margem de apreciação foi pontual ou não, especialmente em casos envolvendo a liberdade de expressão.

Pensa-se que o conceito de *preferred freedoms* norte-americano (teoria das liberdades preferenciais)⁴⁵ poderia ser adotado pelos dois tribunais. Ao realizar a análise de proporcionalidade – método de ambos –, seria o caso de fixar que a liberdade de expressão possui uma posição preferencial, ante sua relevância no jogo democrático, quando em conflito com direitos outros. A posição de vantagem poderia ser afastada no caso concreto, mas com exigência superior de argumentação e de prova do interesse cogente que está em conflito.

A extensa jurisprudência interamericana a respeito faz crer que o entendimento da Corte regional muito se aproxima desta teoria. A aceitação da pena privativa de liberdade da forma como descrito em *Mémoli*, porém, sugere um afastamento das razões que sustentava até então. A Corte Africana, por sua vez, tendo apenas dois julgados relativos à problemática, aparenta aderir à tese das liberdades preferenciais, mas precisará debater novos casos para que se obtenha certeza acerca de seu posicionamento.

⁴⁵ Jane Pereira explica que tal teoria se enquadra no critério da hierarquização para solução de conflitos entre direitos fundamentais. Estabecer-se-iam hierarquias prévias entre os bens constitucionais, de modo a resolver as colisões. No entanto, as *preferred freedoms* seriam uma mitigação do critério, pois aceita-se a ponderação e seu método, a proporcionalidade, mas cria-se um peso maior, em abstrato, para determinados direitos, embora de forma superável; o estabelecimento da hierarquia citada, assim, não seria fixa, pois em concreto seria admitida sua superação, mas com a exigência de maior esforço argumentativo (PEREIRA, 2018, pp. 286-294). Explica a autora: “Um exemplo da utilização desse tipo de preferência abstrata em relação à determinados direitos é a teoria das *preferred freedoms*, engendrada pela Suprema Corte norte-americana. De acordo com essa formulação, as liberdades pessoais desfrutam de proteção constitucional mais intensa do que os direitos de natureza econômica. Essa tutela especial é traduzida no emprego de pautas diferenciadas no controle de constitucionalidade das leis restritivas de cada tipo de liberdade. Quando se trata de direitos individuais, o teste de razoabilidade aplicado à legislação restritiva é mais severo, operando-se uma inversão da presunção de constitucionalidade, que implica transferir para o Estado o ônus de provar que há um interesse público cogente a justificar a restrição [...]” (PEREIRA, 2018, p. 291).

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. *Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452009000200002>. Acesso em: 10 abr. 2016.

ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra. *The American Convention on Human Rights: essential rights*. New York: Oxford University Press, 2017.

BARICAKO, Germain. Introductory Preface: The African Charter and African Commission on Human and Peoples' Rights. in: *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986-2006*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2008.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. *The Inter-American Court of Human Rights: case law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

FEFERBAUM, Marina. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos: análise do sistema africano*. São Paulo: Saraiva, 2012. Edição Kindle. Não paginado.

GRIMM, Dieter. Freedom of speech in a globalized world. in: *Extreme Speech and Democracy*. New York: Oxford University Press, 2009.

KILLANDER, Magnus. African Human Rights Law in Theory and Practice. in: *Research Handbook on International Human Rights Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. *Imprensa e Judiciário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MUTUA, Makau. *The African Human Rights Court: A Two-Legged Stool?* Human Rights Quaterly, v. 21, 1999. Disponível em: <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/articles/567>. Acesso em: 12 nov. 2018.

OLANIYAN, Kolawole. Civil and Political Rights in the African Charter: Articles 8–14. in: *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986-2006*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

POSNER, Eric. *The Twilight of Human Rights Law*. New York: Oxford University Press, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SHELTON, Dinah; CAROZZA, Paolo. *Regional protection of human rights*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2013

VILJOEN, Frans. *Impact in the African and Inter-American Human Rights Systems: a perspective on the possibilities and challenges of*

cross-regional comparison. in: *The Inter-American Human Rights System: impact beyond compliance*. Cham: Palgrave Macmillan, 2019.

Crime doloso contra vida de civil: questões controvertidas e soluções quanto ao § 1º do artigo 9º pós Lei 13.491/2017

José Osmar Coelho Pereira Pinto

Advogado

RESUMO: Após fatos que envolveram policias militares e resultaram em morte de civis, passou-se a se questionar, na grande mídia, por que os militares eram julgados por uma justiça militar; e, como consequência, a se especular se a Justiça Militar era corporativista. Isso levou o congresso a editar leis nas quais não se retira a natureza de crime militar do crime doloso contra vida de civil. Outro fator importante é o julgamento pelo júri, que, por não haver óbice legal, pode ser feito na própria Justiça Militar. Para que isso aconteça é necessário sanar alguns pontos controvertidos para que tenhamos segurança jurídica e respeito ao juiz natural.

PALAVRAS-CHAVE: Crime doloso contra vida de civil. Júri. Inquérito Policial Militar. Juiz Natural. Sistema Acusatório. Competência Constitucional.

ENGLISH

TITLE: Intentional crime against civilian life: controversial issues and solutions in relation to § 1 of article 9 after Law 13.491/2017.

ABSTRACT: After facts that involved military police and resulted in the death of civilians, it was questioned, in the mainstream media, why the military were judged by a military justice; and, as a consequence, to speculate whether the Military Justice was corporatist. This led Congress to issue laws in which the nature of military crime is not withdrawn from intentional crime against civi-

lian life. Another important factor is the jury trial, which, because there is no legal obstacle, can be done in the Military Justice itself. For this to happen it is necessary to remedy some controversial points so that we have legal certainty and respect to the natural judge.

KEYWORDS: Intentional crime against civilian life. Jury. Military Police Investigation. Court. Accusatory System. Constitutional Competence.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Natureza jurídica do crime doloso contra vida de civil – 3 Inquérito policial como procedimento administrativo – 4 Inquérito policial, Princípio da Legalidade e o art. 144, § 4º, da CF/88 – 5 Para além do discurso de o inquérito ser um procedimento meramente administrativo – 6 Finalizado o IPM, a Justiça Militar se manifesta primeiramente ou deve ser ele enviado diretamente para vara do júri? – 7 Competência constitucional do Tribunal do Júri – 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, a questão do crime doloso contra vida de civil tem causado muita controvérsia e insegurança jurídica no País, principalmente no âmbito estadual, já que não existe uma uniformização das decisões – inclusive há interferência da Secretaria de Segurança Pública na atuação da PJM.

Com a lei 13.491/17, podemos hoje encontrar uma mesma solução, tanto para Justiça Militar Estadual como para Justiça Militar da União, já que o § 1º do artigo 9º dessa lei faz referência ao Tribunal do Júri, e os problemas atuais são causados pelo fato de que não é feita a análise devida do que seja e qual a finalidade do júri.

O presente artigo busca demonstrar uma solução, desde a fase de investigação até o julgamento e processamento pelo júri; e, quanto a este, já sinalizo ser plenamente possível a sua composição nas justiças militares.

2 NATUREZA JURÍDICA DO CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA DE CIVIL

Para que possamos construir o raciocínio de todo o trabalho, uma questão precisa ser bem definida: qual a natureza jurídica do crime em estudo, se militar ou comum.

O doutrinador Adriano Marreiros afirma que “as pessoas confundem demais a natureza de crime militar com a competência das justiças militares. Não é a mesma coisa e não é filigrana bestamente acadêmica de dândis. A questão prática é bastante afetada”¹.

Acredito que o doutrinador Adriano Marreiros não esteja correto, pois a própria CF/88 define a competência da justiça militar com base *ratione legis*, no âmbito da União; e *ratione legis* e *ratione personae* nas justiças militares dos estados. E é por essa razão que o civil não pode ser julgado por crimes militares na vara de crime comum no caso do estado, no que pese uma parte muito minoritária da doutrina entender ser possível.

Sendo assim, a natureza jurídica do crime – se militar ou comum – revela-se importante para saber se quem deve dela conhecer é a justiça comum ou a militar, salvo nos casos de prerrogativa de função, já que esta é uma possibilidade de exceção elencada na própria CF/88.

Ainda sobre a natureza jurídica do crime, com o surgimento da Lei 9.299/96, doutrinadores já defendiam que esta não retirou a natureza militar do crime.

Pelo que até aqui se aduziu, conclui-se que, na esfera estadual, o crime doloso contra a vida de civil, se cometido por um militar, continua a ser crime militar, havendo, porém, a competência de julgamento pelo Tribunal do Júri².

¹ ALVES-MARREIROS, Adriano. Lei 13.491/2017, o júri que não há mais e o que não haverá: uma análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos crimes dolosos contra a vida. *Observatório da Justiça Militar Estadual*. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/11/Lei-134912017-o-j%C3%BAri-que-n%C3%A3o-h%C3%A1-mais-e-o-que-n%C3%A3o-haver%C3%A1-uma-an%C3%A1lise-sobre-a-mudan%C3%A7a-da-natureza-comum-para-militar-de-certos-crimes-dolosos-contra-a-vida>. Acesso em: 15 abr. 2019.

² NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. *Manual de direito penal militar*,

A doutrina processual comum na pena de Aury Lopes: “Em que pese ser considerado crime militar (previsto no CPM) a Lei nº 9.299/96 deslocou a competência para o Tribunal do Júri” (Lopes Jr., 2016, p. 270) (grifos nossos).

O TJM/SP, em 2010, no julgamento de arguição de inconstitucionalidade da resolução 110 da SSP, deixou clara a natureza militar do crime doloso contra vida de civil assim ementado: “[...] A Lei 9.299/96 e a EC nº 45/04 apenas deslocaram a competência para o Júri, para processar e julgar crimes militares dolosos contra vida, com vítimas civis – Manutenção da natureza de crime militar [...] (grifos nossos)³.

Com a edição da lei 13.491/17, também não se alterou a natureza jurídica do crime militar doloso contra vida de civil.

Para o professor Jorge Cesar: “Como nem a Lei 9.299/1996, nem a Emenda Constitucional 45, nem muito menos a Lei 13.491/2017 retiraram a qualidade militar do crime de homicídio, que permanece íntegro no art. 205 do CPM, ainda que praticado contra civil [...]”⁴.

Na pena de Cícero Robson:

Avaliando a nova redação, tem-se em primeiro plano a ratificação de que o crime doloso contra a vida de civil, enquadrado em uma das hipóteses do art. 9º, é um crime militar que, em algumas situações, é processado e julgado pelo Tribunal do Júri, ou, se assim não se concluir, os incisos do novo § 2º são inconstitucionais em cotejo com o disposto no art. 124 da Constituição Federal, já que estaria atribuindo a essa Justiça Especializada a competência para processar e julgar crimes não militares. (Grifos nossos)⁵.

Saraiva, 2012, p. 345.

³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo TJ-MSP – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: 0000012010 – Inteiro Teor. Disponível em: <https://tjmsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/385483371/arguicao-de-inconstitucionalidade-12010/inteiro-teor-385483469>. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁴ Assis, Jorge Cesar de. *Crime militar & processo: comentários à Lei 13.491/2017*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 87.

⁵ Neves, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito processual penal militar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 287.

Logo, não há dúvida de que o crime doloso contra vida de civil ainda é um crime militar. Sendo um crime militar, veremos que a própria CF proíbe o inquérito pela polícia civil. Bem como o juiz de direito do juízo comum instruir monocraticamente a primeira fase fere o princípio do juiz natural; e que não existe impeditivo legal da instituição do júri nas justiças militares.

3 INQUÉRITO POLICIAL COMO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Tanto o inquérito policial militar como o comum são procedimentos administrativos dirigidos por órgãos vinculados ao executivo na pasta da Segurança Pública, logo não podem ser conduzidos de forma discricionária – seja do delegado ou do oficial militar.

Cícero Robson afirma que “Em primeiro plano, o inquérito policial militar é um procedimento administrativo instrutório, ou seja, trata-se de cunho administrativo [...]”⁶.

Quanto a natureza do inquérito comum, afirmam Lopes Jr. e Gloeckner:

Será administrativo quando estiver a cargo de um órgão estatal que não pertença ao Poder Judiciário, isto é, um agente que não possua poder jurisdicional. Destarte, podemos classificar o inquérito policial como um procedimento administrativo pré-processual, pois é levado a cabo pela Polícia Judiciária, um órgão vinculado à Administração – Poder Executivo – e que, por isso, desenvolve tarefas de natureza administrativa.⁷

Não resta dúvida que o inquérito policial militar e comum são peças administrativas, logo, precisam preencher requisitos legais até mesmo para sua instauração.

⁶ Idem, p. 347.

⁷ LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93.

4 INQUÉRITO POLICIAL, PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O ART. 144, § 4º, DA CF/88

Sendo o inquérito policial um procedimento administrativo, está ele vinculado à legalidade em obediência à norma constitucional: “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”.

Enquanto o particular pode fazer tudo que não seja contrário à lei, a administração pública só pode fazer aquilo que a lei manda – nada a mais nem nada a menos. Até os atos discricionários estão dentro dos limites e ditames legais.

Para Dirley Júnior e Marcelo Novelino, “Como decorrência da indisponibilidade do interesse público, a atividade administrativa só pode ser exercida em conformidade absoluta com a lei. O princípio da legalidade é uma exigência que decorre do Estado de Direito, ou seja, da submissão do Estado ao império da ordem jurídica”⁸.

Sendo o inquérito um procedimento administrativo, os responsáveis por sua instauração somente podem fazê-lo nos restritos termos da lei, sob pena de flagrante violação à legalidade.

A CF/88 disciplina a atribuição da polícia civil e deixa bem claro que ela não detém atribuição de polícia judiciária no caso de crime militar, no art. 144, precisamente no § 4º: “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

A Constituição proíbe, portanto, a polícia civil de investigar crime militar, e não existe margem de dúvidas que o crime doloso contra vida de civil, se praticado por um militar, seja um crime militar. Caso um delegado instaure inquérito estará extrapolando suas atribuições legais, indo de encontro ao

⁸ NOVELINO, Marcelo; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Constituição Federal Para Concursos*. 8. ed. JusPODIVM, 2017, p. 335.

princípio da legalidade e margeando o arbítrio, já que a lei lhe proíbe a função de polícia judiciária no caso de crime militar.

Porém, a constituição não diz quem tem atribuição para investigar o crime militar – ela apenas diz quem não tem, e quem não tem é a polícia civil.

No caso, para definir quem tem atribuição para apurar crime militar, iremos nos socorrer na legislação infraconstitucional, precisamente no código de processo penal militar, em seu art. 8º, alínea “a”, bem como o artigo 82, inciso II, § 2º, do mesmo código, que, mesmo com a edição da Lei 9299/96, deixam claro que a investigação será feita por IPM.

Na Justiça Militar, há jurisdição e competência definidas à investigação, processo e julgamento. Segundo o art. 144, § 4º, da CF, é atribuição da polícia judiciária a investigação das infrações penais, exceto as infrações criminais militares. Portanto, há atribuição investigativa à polícia militar. Não há somente um juízo predeterminado, mas um sistema criminal, composto pela investigação, processo, julgamento e execução, predeterminados legalmente. (Grifos nossos)⁹

A Constituição resolve de forma pacífica quanto a exceção de apuração da infração criminal militar pela polícia civil, porém, ela não é tão clara assim quanto a esfera da União: poderia a polícia federal apurar?

Na lição do professor (NEVES, 2012, p. 253):

No plano federal, embora o inciso IV do § 1º do art. 144 da Constituição Federal defina que à Polícia Federal compete exercer com exclusividade a polícia judiciária da União, predomina o entendimento de que essa atuação está ligada à competência da justiça Federal, prevista no art. 109 também da Constituição, de maneira que a polícia judiciária militar da União não seria exercida por ela, mas pelas Forças Armadas. (Grifos nossos)

Compactuo com a parte da doutrina que entende não ser possível a polícia federal apurar no caso de crimes militares. Quando da edição da CF/88,

⁹ Giacomolli, Nereu Jose. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 309.

período com características sociais distintas da atualidade, o constituinte originário não imaginaria esse uso excessivo das forças armadas em ação de segurança pública, por isso não foi ele tão enfático na proibição de a polícia judiciária federal apurar crime militar como o foi com a polícia judiciária civil.

5 PARA ALÉM DE O DISCURSO DO INQUÉRITO SER UM PROCEDIMENTO MERAMENTE ADMINISTRATIVO

Costuma-se justificar – no que pese o crime doloso contra vida de civil ser crime militar – não haver problema algum existirem dois inquéritos policiais, em razão do inquérito ser uma peça meramente administrativa, sendo inclusive dispensável.

Não podemos concordar com esse discurso, pois, por meio do inquérito, consegue-se garantir os mais sagrados direitos individuais do indivíduo, mesmo sendo esse procedimento carecedor de reserva de jurisdição.

Com o inquérito é possível privar o indiciado de sua liberdade com a representação pela decretação da prisão preventiva. Com ele também é possível violar o domicílio do réu, por meio de busca e apreensão, e fazer a interceptação telefônica. Fica claro, portanto, que, por mais que o inquérito seja considerado uma peça “meramente” administrativa e dispensável, ele tem o poder de buscar informações essenciais à elucidação do crime, com evidente e necessário respeito às normas legais, bem como à reserva de jurisdição.

Imagine-se então a instauração de dois inquéritos. O oficial encarregado do IPM representa por busca e apreensão no juízo militar; e o delegado, por sua vez, representa no juízo do júri, defendendo o discurso de que não existe problema na coexistência dos dois procedimentos, em razão do inquérito ser “meramente” administrativo. Caso compareçam o oficial e o delegado para fazerem a busca e apreensão – em tese os dois tem uma ordem judicial –, como resultaria tal situação? Imagine-se o nível de violação da intimidade e constrangimento que poderá sofrer o indiciado.

São por esses e outros problemas nesse nível de intervenção estatal na vida privada do indiciado que se torna necessário superarmos esse discurso de

que o inquérito, por ser uma peça “meramente” administrativa e dispensável, não causaria problemas caso instaurado por dois procedimentos.

No julgamento da ADI 1494, magistral acerca disso é o voto do ministro Sepúlveda Pertence:

Não se trata de impedir a apuração do fato. Apurar, a imprensa apura, o Ministério Público apura, o SNI apurava. O problema é o inquérito policial, que não é mera apuração, mas pressuposto condicionante de uma série de constrangimento. Não obstante, ainda na hipótese de evidentemente não haver sequer suspeita de crime militar, segundo a lei questionada, essa relevante função é entregue à Polícia Judiciária Militar.¹⁰ (Grifos nossos)

O tema já foi objeto de HABEAS CORPUS N° 0016048-86.2018.8.16.0000 da Egrégia corte paranaense, em que um militar era investigado em dois inquéritos por crime doloso contra vida de civil, entendendo o TJ/PR pelo constrangimento ilegal na duplicidade de inquéritos:

HABEAS CORPUS CRIME–ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL ANTE A DUPLICIDADE DE INQUÉRITO INSTAURADO, MILITAR E CIVIL–CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO TRANCAMENTO DO INQUÉRITO INSTAURADO PELA POLÍCIA CIVIL -ORDEM CONHECIDA E **CONCEDIDA**.¹¹ (Grifos do original)

Por isso precisamos superar esse discurso simplista de ser o inquérito uma peça “meramente” administrativa.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.494-3, Distrito Federal. Disponível em: <http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347091>. Acesso em: 15 abr. 2019.

¹¹ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Habeas Corpus Crime n° 0016048-86.2018.8.16.0000*. Disponível em: <https://www.assoefepar.org.br/admin/files/arquivos/kjhh0lid-joac57t1cipqa2bmo68fsbufkvrdenmge3ln49.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

6 FINALIZADO O IPM, A JUSTIÇA MILITAR SE MANIFESTA PRIMEI- RAMENTE, OU DEVE SER ELE ENVIADO DIRETAMENTE PARA VARA DO JÚRI?

A lei 9299/96 foi bem clara em definir que a apuração do crime doloso contra vida de civil é da PJM. Porém, no final do artigo, ela determina que o processo seja enviado para a justiça comum pela Justiça Militar. Aqui está a grande controvérsia: a Justiça Militar é obrigada a mandar? Poderia a Justiça Militar fazer a análise prévia quanto a ser doloso ou não? “Art. 82, § 2º. Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum.

No julgamento da ADI 1494, o Ministro Carlo Velloso afirma que caberia à justiça militar a análise prévia do crime ser doloso ou não:

É dizer, a Lei 9.299, de 1996, estabeleceu que à Justiça Militar competirá exercer o exame primeiro da questão. Noutras palavras, a Justiça Militar dirá, por primeiro, se o crime é doloso ou não; se doloso, encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça comum. Registra-se; encaminhará os autos do inquérito policial militar. É a lei, então, que deseja que as investigações sejam conduzidas, por primeiro, pela Polícia Judiciária Militar.¹²

Como sempre na vanguarda do direito militar, o TJM/SP instaurou a discussão quanto a possibilidade de a justiça militar fazer a análise prévia quanto ao crime ser doloso ou não:

Ementa: A Justiça Militar é competente para efetuar a análise prévia do cometimento de crime apurado pela polícia judiciária militar. Legislação que prevê o encaminhamento dos autos ao Tribunal do Júri apenas quando do reconhecimento da existência de crime militar doloso praticado contra a vida de civil. Exame efetuado pela Justiça Militar que verificou a existência de excludentes de ilicitude. Legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal. O controle externo exercido pelo Ministério

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.494-3, Distrito Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347091>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Público sobre a atividade policial não é afetado pela referida decisão. (RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 001349/2018 (Feito nº 082362/2017 1a AUDITORIA), 1ª Câmara, Julgamento: 21/08/2018)¹³. (Grifos nossos)

De forma contrária tem entendido a 2º Câmara da Egrégia corte castrense bandeirante:

Ementa: Recurso em Sentido Estrito – Crime doloso contra a vida imputado a policial militar contra civil – Lei nº 9.299/96 e EC 45/2004 – Manifestação da Justiça Pública no sentido de remessa dos autos de inquérito policial militar para a Justiça Comum – Não concordância do Juiz de Direito do Juízo Militar – Entendimento como pedido de arquivamento indireto - Arquivamento de ofício - Impossibilidade – Remessa diretamente ao juízo do Júri em face do posicionamento do membro do Parquet que aqui oficia representando do Chefe do Ministério Público – Recurso que comporta provimento. (RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 001350/2018 (Feito nº 079581/2016 1a AUDITORIA), 2ª Câmara, Julgamento: 04/10/2018).¹⁴

No STF, com a relatoria do ministro Roberto Barroso:

[...]De qualquer forma, o acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a Justiça Militar dirá, por primeiro, se o crime é doloso ou não; se doloso, encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça comum. Registre-se: encaminhará os autos do inquérito policial militar. É a lei, então, que deseja que as investigações sejam conduzidas, por primeiro, pela Polícia Judiciária Militar (trecho do voto do Min. Carlos Velloso na ADI 1.494 MC, Rel. Min. Celso de Mello) [...]¹⁵

¹³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. *RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 001349/2018* (Feito nº 082362/2017 1a AUDITORIA). Disponível em: <http://www.tjmsp.jus.br/Jurisprudencia/Ementas/Details/12127>. Acesso em: 15 abr. 2019.

¹⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. *RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 001350/2018* (Feito nº 079581/2016 1a AUDITORIA). Disponível em: <http://www.tjmsp.jus.br/Jurisprudencia/Ementas/Details/12307>. Acesso em: 15 abr. 2019.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE 804269 SP - SÃO PAULO*. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178774183/recurso-extraordinario-re-804269-sp-sao-paulo>. Disponível em: 15 abr. 2019.

Citando também o voto do Ministro Veloso na ADI 1494 no julgamento do RE 1.062.59, o Ministro Dias Toffoli, assim ementou:

[...] Cumpre registrar, por fim, que no julgamento da ADI nº 1.494-MC, esta Corte entendeu pela validade do § 2º do art. 82 do Código Processo Penal Militar, com a redação dada pela Lei nº 9.299/96, que dispõe que “nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum [...] Mas o que deve ser reconhecida é que o primeiro exame é da Justiça Militar, que, verificando se o crime é doloso, encaminhará os autos do IP à Justiça comum. É o que está na lei. Posta a questão em tais termos, força é concluir que a Polícia Civil não pode instaurar, no caso, inquérito. O inquérito correrá por conta da Polícia Judiciária Militar, mediante inquérito policial militar. Concluído o IPM, a Justiça Militar decidirá remetendo os autos à Justiça comum, se reconhecer que se trata de crime doloso praticado contra civil”. [...] ¹⁶ (Grifos nossos)

No que pese os respeitáveis julgados, entendo não ser correto esse procedimento, tendo em vista o sistema acusatório vigente pós CF/88.

O sistema processual vigente no processo penal militar brasileiro, até mesmo por imposição constitucional, é o sistema acusatório, mais alinhado no assentimento majoritário da doutrina com o Estado Democrático de Direito¹⁷.

O sistema acusatório é definido justamente pela separação de acusar, julgar e defender. Por mais que seja sedutora a tese de a Justiça Militar fazer a análise prévia, com ela não posso concordar em razão do sistema acusatório: não pode o juiz analisar o mérito da questão sem que exista uma denúncia do MP. Pode até o juiz absolver sumariamente por legítima defesa, mas só poderá fazer isso após o *dominus litis* ofertar a denúncia.

Na verdade – como veremos no tópico à frente – se o crime é militar, deve o MP que oficia na Justiça Militar ofertar a denúncia, e o processo correr

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário - 28/08/2017 do STF*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/492772451/andamento-do-processo-n-1062591-recurso-extraordinario-28-08-2017-do-stf>. Disponível em: 15 abr. 2019.

¹⁷ NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito processual penal militar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 171.

perante o juiz da Justiça Militar de forma monocrática; na Justiça Militar estadual, por determinação constitucional pós EC/45; e perante o conselho na Justiça Militar da União. O que não deve ocorrer é o juiz se manifestar quanto ao mérito da questão sem que exista uma denúncia do MP.

7 COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI

Quanto à Justiça Militar do estado, a expressão júri foi expressamente prevista no § 4º do art. 125 e agora, com a Lei 13.491/17, o CPM também deixou de forma expressa o júri:

Art. 125.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

[...]

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.

Geralmente fala-se em tribunal do júri e sua competência constitucional, porém, sem que seja feita a devida análise do instituto júri na CF/88 e se é defeso que exista júri em outras justiças. Por isso, vejamos uma análise detalhada do instituto júri:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

II-A - o Tribunal Superior do Trabalho;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - Os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - Os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Analisando os órgãos do poder judiciário elencados no art. 92 da CF/88, o júri não aparece, como também nos incisos referentes à Justiça Federal e à Justiça Estadual. Então, pergunta-se: por que não poderia o júri existir na Justiça Militar?

O júri encontra-se previsto entre os direitos e garantias individuais (art. 5, XXXVIII, CF). Tal situação chegou a gerar alguma controvérsia em relação a esta instituição ser ou não um órgão do Poder Judiciário, mas um organismo político, desligado do Judiciário, onde os jurados exerceriam o seu direito ao sufrágio, como cidadãos no exercício da cidadania. Essa não é a melhor posição Conforme Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2013, p. 48).

Enfim, trata-se de um órgão especial do Poder Judiciário, que assegura a participação popular direta nas suas decisões de caráter jurisdicional. Cuida-se de uma instituição de apelo cívico, demonstrativa da importância da cidadania e democracia na vida em sociedade. (Nucci, Tribunal do Júri, 4ª Ed, p.48).

Precisa é a lição do magistrado do TJM/MG Fernando Galvão que afirma:

Ao preservar a competência do Tribunal do Júri, quando a vítima for civil, a Constituição Federal não estabeleceu uma nova Justiça especializada: uma justiça do júri. O Tribunal do Júri não materializa nenhuma Justiça especializada, mas apenas um órgão jurisdicional que compõe a organização judiciária da justiça competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. A única conclusão a que se pode chegar é que a Emenda Constitucional determinou que se institua o Tribunal do Júri na Justiça Militar Estadual, que é a competente para o julgamento dos crimes militares praticados por militares estaduais. Fica muito claro que a finalidade da ressalva foi impedir expressamente que o juiz de direito do juízo militar julgue singularmente os crimes militares dolosos contra a vida cometidos contra civil. Conforme a norma do § 5º do art. 125 da CF/88, a regra geral é que o juiz de direito do juízo militar julgue singularmente os crimes cometidos contra civil. O dispositivo anterior (§ 4º) excepciona esta regra para preservar a garantia fundamental do Tribunal do Júri.¹⁸ (Grifos nossos)

¹⁸ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Tribunal do Júri na Justiça Militar Estadual. Jusmilita-

O júri na CF/88 encontra-se no rol do art. 5, e na Carta Magna não existe nenhum óbice para que o júri seja criado na Justiça Militar, nem afirma que ele só possa ser instituído na justiça comum estadual ou na justiça comum federal:

Art. 5º

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Na redação constitucional nada obsta em que o Código de Processo Penal Militar seja uma lei que tenha em seu procedimento a instituição do júri, pode-se, inclusive, fazer de forma diversa da existente no Código de Processo Penal, desde que sejam respeitados a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e os julgamentos para os crimes dolosos contra a vida.

Pela redação do artigo 5º da CF, pode inclusive o CPPM regular a matéria com quantidade de jurados diferentes do CPP, incluir crimes além dos dolosos contra vida – aqui fica a critério do legislador. O que não se pode afirmar é que o júri não é cabível nas justiças militares, porque isso não consta no texto constitucional.

Acerca do júri ser um direito e garantia fundamental, vale mais uma vez as lições do magistrado bandeirante. (NUCCI, 2013, p.45):

Para concluir, o júri é direito e garantia humanas fundamentais formais, merecendo ser respeitado, especialmente no que concerne aos princípios constantes das alíneas do art. 5º, XXXVIII, da CF. O seu caráter formal não elimina a situação jurídica de figurar no rol dos direitos e garantias individuais do mencionado art. 5º. O poder Constituinte Originário ali o inseriu. Não devem o operador do Direito e o legislador ordinário lesar o seu status e as regras constitucionais que o regulam.

ris. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/juri.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Acerca do júri ser algo que transcende no processo penal, como ilustração, vale o trecho da matéria veiculada no jornal O Estado de São Paulo de entrevista dada por um promotor do Tribunal do Júri em São Paulo acerca do julgamento de policias militares:

Basta chegar em plenário, mostrar os antecedentes do réu e pintá-lo como um bandido. Ele pode estar envolvido em um acidente de trânsito ou ter sido pego com um cigarrinho de maconha. Não interessa. **Se o Júri o considerar bandido, o PM que o matou é absolvido. Os oficiais costumavam ser mais rigorosos com erros policiais.**¹⁹ (Grifos nossos)

Portanto, não há que se fazer confusão de júri e justiça comum, nem que exista proibição constitucional de se ter o júri na estrutura do processo penal militar, já que na verdade é o júri o direito do militar ser julgado pelo povo, e, com a Lei 13.491/17, o § 1º do artigo 9º traz de forma expressa o júri. Se a instituição do júri já era possível na Justiça Militar do estado, com a edição da EC/45, também o é na Justiça Militar da União.

8 CONCLUSÃO

Em razão de todo o exposto no presente artigo, a solução mais coerente que teríamos seria o Congresso Nacional incluir no CPPM o procedimento do Tribunal do Júri e no júri existente na Justiça Militar, para que não hajam críticas quanto a corporativismo, assim como, no rito do CPP, seria defeso que esse júri fosse composto por militares. Admitem-se, inclusive, a formação e a instrução do júri no CPPM de modo diferente do que é determinado pelo CPP, basta que seja respeitada a exigência mínima do art. 5º inciso XXXVIII.

Enquanto o Congresso não faz a devida alteração no CPPM, o correto é a aplicação do art. 3, alínea “a”, do CPPM e a utilização do rito do júri do CPP nos seus art. 406 a 497, sendo que, na Justiça Militar da União, a primeira fase

¹⁹ Editorial. É preciso testemunho de Jesus para condenar policial. *O Estado de S. Paulo*. Disponível em: <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,e-preciso-testemunho-de-jesus-para-condenar-policial-imp-,960470>. Acesso em: 15 abr. 2019.

seria perante o Conselho de Justiça. No âmbito da Justiça Militar do Estado, por imperativo constitucional, a primeira fase seria feita pelo Juiz de Direito de forma monocrática, solucionando dessa forma a celeuma e a insegurança jurídica existentes, bem como a violação que temos visto diuturnamente do juiz natural, onde o juiz de direito da justiça comum faz a primeira fase de um crime militar, quando a competência para tal é dada ao júri e não ao juiz sumariante.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano. *Lei 13.491/2017, o júri que não há mais e o que não haverá: uma análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos crimes dolosos contra a vida*. Observatório da Justiça Militar Estadual. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/11/Lei-134912017-o-j%C3%BAri-que-n%C3%A3o-h%C3%A1-mais-e-o-que-n%C3%A3o-haver%C3%A1-uma-an%C3%A1lise-sobre-a-mudan%C3%A7a-da-natureza-comum-para-militar-de-certos-crimes-dolosos-contra-a-vida>. Acesso em: 15 abr. 2019.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Crime militar & processo: comentários à Lei 13.491/2017*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 87.

GIACOMOLLI, Nereu Jose. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 309.

LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito processual penal militar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 287.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. *Manual de direito penal militar*. Saraiva, 2012, p. 345.

NOVELINO, Marcelo; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Constituição Federal para concursos*. 8. ed. JusPODIVM, 2017, p. 335.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Tribunal do júri na Justiça Militar Estadual*. *Jusmilitaris*. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/juri.pdf>. Acesso em:

O cárcere das Forças Armadas e suas particularidades

Guilherme Vieira Marques

2º Sargento do Exército Brasileiro

Especialista em Direito Penal Militar e Processo Penal Militar

RESUMO: A prisão em estabelecimento militar é uma prerrogativa dos militares, garantindo que permaneçam custodiados em recinto próprio, diferente do destinado aos civis, caso pratiquem transgressões disciplinares e infrações penais (sejam elas comuns ou tipicamente militares). Desta forma, abordar-se-á as particularidades do cárcere das Forças Armadas e, através de revisão bibliográfica, serão analisadas as legislações pertinentes ao regramento do recebimento, custódia e liberação dos presos neste tipo de estabelecimento. Além disso, serão tratadas as assistências garantidas aos presos militares, a possibilidade da custódia de civis em estabelecimento militar, entre outras temáticas, como audiência de custódia e a possibilidade da realização de videoconferência na Justiça Militar da União. Ainda, com o crescente ingresso de mulheres nas Forças Armadas, adverte acerca da necessidade de discussão sobre estabelecimentos prisionais do segmento feminino, visando antecipação de problemas desse teor. Almeja-se, desta forma, debater as especificidades desse tipo de estabelecimento, para concluir, por fim, que suas particularidades garantem um tratamento digno e isonômico à luz da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão Militar. Cárcere Militar. Tipos de presos. Recebimento de presos. Audiência de Custódia. Videoconferência. Assistências. Liberação de presos.

ENGLISH

TITLE: The jail of the Armed Forces and their particularities.

ABSTRACT: Prison in a military establishment is a prerogative of the military, ensuring that they remain guarded in their own premises, different from those assigned for civilians, in case they practice disciplinary offenses and criminal offenses (whether ordinary or typically military). Therefore, the particularities of the Armed Forces prison will be addressed and, through a bibliographical revision, legislations relevant to the inbound regulation, custody and prisoners release in this type of establishment will be analyzed. In addition, the assistance granted to military prisoners will be approached, as well as the possibility of custody of civilians in a military establishment, among other topics, such as custody hearing and the possibility of videoconference in the country's Military Justice. Also, with the increasing admission of women in the Armed Forces, warns about the need to discuss prisons in the female segment, aiming to anticipate problems of this nature. It is hoped, this way, to discuss the specificities of this type of establishment, to conclude, at last, that its particularities guarantee a dignified and isonomic treatment in the light of the Federal Constitution.

KEYWORDS: Military Prison. Military Jail. Types of prisoners. Receiving prisoners. Custody Hearing. Video conference. Assists. Release of prisoners.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Tipos de presos – 3 Dos procedimentos para o recebimento de presos – 3.1 Presos à disposição da Justiça Militar – 3.1.1 – Dos desertores – 3.2 Presos à disposição da Justiça Comum – 3.3 Presos Disciplinares – 4 Audiência de Custódia – 5 Videoconferência na Justiça Militar da União – 6 Assistências – 6.1 Jurídica – 6.2 À saúde – 6.3 Educacional – 6.4 Religiosa – 6.5 Social e psicológica – 7 Liberação de presos – 8 Presídio feminino – 9 Outras

Particularidades – 9.1 Uso de algemas – 9.2 Separação dos presos – 9.3 (Im)
Possibilidade da custódia de civis – 10 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A origem das Forças Armadas se confunde com a própria criação do Estado brasileiro em seu processo de independência e disputas pela defesa do território nacional.

Da mesma forma, as prisões castrenses têm sua criação nos primórdios da atividade bélica, fruto da necessidade do encarceramento de militares, seja pelo cometimento de crimes, ou por aspectos disciplinares que pudessem colocar em risco o bom funcionamento dos Poderes Constituídos.

A excepcionalidade das prisões disciplinares tiveram enfoque desde a outorgada Constituição do Império de 1824, permitindo o aprisionamento de membros da “Força Militar”¹.

Atualmente, esse tipo de prisão também está inserido na Constituição cidadã, aparecendo como exceção no rol de direitos e garantias fundamentais e, embora *sui generis*, demonstra a preocupação legislativa com as consequências que a falta de disciplina dentro das Forças Armadas pode resultar.

Ainda sobre a temática, o Estatuto dos Militares (Lei Nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980) incluiu, como prerrogativa destes, o cumprimento de pena de prisão ou detenção em organização militar da respectiva força, seja a pena por crime militar ou comum.

Quatro anos depois da criação do referido Estatuto, foi criada a Lei Nº 7.210/84, denominada Lei de Execução Penal (LEP), objetivando efetivar as disposições das decisões criminais e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Embora o leitor, em uma verificação simplista do parágrafo único do artigo 2º da LEP, seja induzido a concluir sobre a vedação de sua aplicação aos presos recolhidos em estabelecimento sujeito à jurisdição militar, analisando-se

¹ BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil de 1824.

de maneira sistêmica, poder-se-á entender de maneira diversa, garantindo sua aplicação também aos presos militares:

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

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

A crescente violência nacional, exemplificada pela ultrapassagem do patamar de 30 mil mortes por habitantes² em 2016, também traz reflexos ao ambiente castrense.

Além disso, a última pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça aponta o Brasil como detentor da terceira maior população carcerária do mundo³, o que demonstra a atualidade e a necessidade de discussão sobre o tema tratado.

Inserido nessa ótica, o sistema carcerário militar deve estar adaptado às crescentes necessidades, principalmente no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais dispensados a qualquer cidadão, desde às prisões disciplinares, até a execução da pena.

A realização deste trabalho dar-se-á através do método dedutivo, utilizando-se o procedimento de pesquisa bibliográfica, com enfoque na construção de novos argumentos que possam auxiliar nas respostas sobre o tema.

2 TIPOS DE PRESOS

O presídio militar destina-se aos militares das Forças Armadas que tenham sido privados do seu direito à liberdade por questões disciplinares, prisões

² INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Atlas da Violência 2018. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/>. Acesso em: 29 jul. 2018.

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dados sobre a população carcerária brasileira. Brasília, 2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/impressao/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em: 29 Jul. 2018.

em flagrantes, ou por determinação judicial (seja fruto de uma condenação com trânsito em julgado ou prisão processual), e sua administração fica à cargo das unidades que possuam estabelecimentos carcerários.

Importante salientar que dentro das Forças Armadas é exceção a existência de local com a finalidade exclusiva de custódia de presos, sendo os estabelecimentos carcerários, quase em sua totalidade, adaptados à essa finalidade dentro de aquartelamentos.

Tal particularidade traz diversas implicações uma vez que o ingresso e permanência em estabelecimento militar, por sua natureza, já estabelece diversas restrições e peculiaridades.

Gozam da prerrogativa do estabelecimento penitenciário castrense os militares da ativa, os da reserva e os reformados, conforme o artigo 3º do Estatuto dos Militares.

Apesar de essas prisões serem exclusivas a presos militares, estes sofrem uma diferenciação de acordo com o tipo de prisão à qual estejam sujeitos, trazendo como consequência a separação no recinto carcerário e os tipos de documentações necessárias para o correto recebimento dos detentos.

3 DOS PROCEDIMENTOS PARA O RECEBIMENTO DE PRESOS

A legislação pátria determina o que é necessário à prisão de pessoas, seja em caso de flagrante delito, prisão preventiva ou mesmo fruto de uma condenação.

Toda documentação estabelecida tem o enfoque de verificar, de maneira prévia, os requisitos legais mínimos para a privação do direito à liberdade.

Dessa forma, privar uma pessoa da sua liberdade em estabelecimento carcerário, sem qualquer determinação legal, poderá ensejar consequências penais e administrativas àquele que estiver realizando tal conduta.

Qualquer que seja o motivo da prisão, por ocasião da sua chegada, o preso deverá receber orientações acerca dos seus direitos e deveres, bem como da rotina prisional na Organização Militar, recebendo ainda, se possível, um resumo dessas orientações.

Tais medidas facilitam a execução da rotina carcerária, facilita o serviço da guarnição responsável pela custódia e resguarda a Administração Militar de eventual ruído de comunicação.

Os dados qualificadores do militar preso devem ser registrados em livro próprio, contendo a data, horário, registro fotográfico da sua entrada e colhendo-se, ao final, a assinatura do preso. O preso também deve ser cientificado sobre o seu direito constitucional de permanecer calado (artigo 5º, LXIII, CF).

O civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, conforme preconiza o artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal, e os casos excepcionais estão regulados pela Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009.

A Constituição determina ainda a comunicação imediata ao juiz competente e à família do preso ou pessoa por ele indicada por ocasião da sua prisão (artigo, 5º, LXII). Da mesma forma, é tratado no Código de Processo Penal, em seu artigo 306, e no Código de Processo Castrense em seu artigo 251.

A Lei Complementar Nº 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União, também determina, em seu artigo 10, a comunicação da prisão de qualquer pessoa ao Ministério Público competente.

Ainda, o artigo 306, § 1º, do Código de Processo Penal estabelece como obrigatório o encaminhamento da cópia integral do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública, caso o autuado não informe o nome de seu advogado.

A devida comunicação às autoridades competentes deve ser verificada pela administração do presídio, que somente deverá receber o preso após se certificar de toda documentação relativa à essas informações.

Além disso, o flagrante delito exige a entrega da Nota de Culpa ao preso (artigo 306, § 2º, do Código de Processo Penal e artigo 247 do Código de Processo Penal Militar), que é a garantia de que o mesmo foi cientificado do motivo da sua prisão.

Deverá ser franqueado ao preso uma ligação custeada pela união, para que possa informar os seus familiares de sua prisão, ou mesmo acionar um advogado para cuidar da sua defesa técnica.

3.1 Presos à disposição da Justiça Militar

Os militares que cometem os ilícitos tipificados no Código Penal Militar responderão por esses crimes na Justiça Militar da União. Neste ponto, é importante lembrar a possibilidade de o civil também responder por crime militar, embora não deva permanecer custodiado em presídio castrense.

A alteração do Código Penal Militar, ocorrida em outubro de 2017, ampliou a competência da Justiça Militar da União (JMU) para o processamento e julgamento de crimes, o que provavelmente trará um aumento do número dessa categoria de presos.

Outra recente inovação é o sistema eletrônico de tramitação processual da JMU, atendendo a Lei Nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, o e denominado E-Proc.

Embora os documentos que comprovem a informação ao Juiz, Ministério Público e Defensoria Pública tramitem por meio do E-Proc, permanece a necessidade de verificação desses documentos por quem recebe o preso, para que nenhum procedimento legalmente determinado seja suprimido.

Por ocasião da entrada do preso, também deve-se verificar o documento de apresentação do militar ao estabelecimento carcerário, a Ordem Judicial para prisão, ou o Auto de Prisão em Flagrante.

Além disso, é de suma importância o laudo de comprovação do exame de Corpo de Delito, realizado por médico legista. Tal documento comprovará eventuais lesões presentes no preso, por ocasião da sua chegada ao estabelecimento carcerário, e servirá como inconteste comprovação de que as lesões que venham a ser detectadas já se encontravam presentes antes da sua chegada ao recinto carcerário, evitando um futuro questionamento ou acusação de maus tratos pelos membros do presídio militar.

3.1.1 Dos desertores

O legislador optou por punir, em tempo de paz, a indisponibilidade do militar para com as Forças Armadas, tutelando a hierarquia e disciplina, com a finalidade de prevenir a desagregação da tropa e seu funcionamento.

O crime de deserção classifica-se como um delito propriamente militar, e o Código de Processo Penal Militar cuidou de estabelecer rito próprio a este tipo de transgressão, motivo pelo qual também traz especificidades à essa categoria de presos militares.

Ao se consumar o crime de deserção, a praça especial ou sem estabilidade será imediatamente excluída do serviço ativo, ou seja, deixará de gozar da condição de militar (artigo 456, § 4º, do Código de Processo Penal Militar).

Como consequência, o desertor sem estabilidade, ao se apresentar, ou ser capturado, deverá obrigatoriamente passar por inspeção de saúde, pois somente se julgado apto (e consequentemente reincluído) poderá ser recolhido ao cárcere.

Caso a inspeção de saúde julgue o militar inapto para o serviço ativo, ele permanecerá na condição de não mais ser militar, e o crime é declarado extinto e, consequentemente, não haverá razões para o recolhimento ao cárcere.

É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que o licenciamento do militar é causa de extinção do feito em qualquer fase em que se encontre, não há, portanto, qualquer motivo para que se realize procedimento de maneira diversa.

Assim, a inspeção de saúde tem caráter imprescindível para a prisão, pois, embora configurado o crime, estará extinta a punibilidade do agente, caso seja considerado inapto.

É o que se depreende da súmula Nº 8 do Superior Tribunal Militar:

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.

Como requisito básico para que se recolha o militar acusado pelo crime de deserção, a prisão por deserção sem a devida inspeção de saúde, ou mesmo após ter sido julgado inapto, poderá configurar abuso de autoridade.

3.2 Presos à disposição da Justiça Comum

Os militares também podem ser presos pela prática de crimes comuns das mais diversas naturezas.

Embora a responsabilidade pela apuração e processamento seja da Justiça Comum, os militares ainda gozarão da prerrogativa de permanecer em estabelecimento prisional próprio, diferente dos civis.

A documentação relativa ao recebimento desse tipo de preso também não difere muito daquela em relação aos presos à disposição da Justiça Militar.

Cabe lembrar, porém, que, diferentemente dos documentos da Justiça Militar da União, que tramitarão por meio do E-Proc, a documentação referente aos presos à disposição da Justiça Comum será realizada por meio de documentação oficial.

3.3 Presos disciplinares

A privação da liberdade de militares como punição decorrente de transgressão disciplinar é certamente a que gera mais debates no âmbito jurídico.

Para os que travaram pouco contato com o direito militar, ou mesmo desconhecem as peculiaridades da realidade da caserna, essa restrição de liberdade muitas vezes pode parecer arbitrária.

Neste ponto, é imprescindível abordar que o Direito Militar é um direito da sociedade, idealizado de maneira a criar mecanismos inibidores do comportamento militar, para que a hierarquia e a disciplina (preceitos constitucionais basilares das Forças Armadas) impeçam quaisquer condutas atentatórias contra a ordem democrática.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXI, ressalva a prisão por transgressão militar. Não há, portanto, ofensa à Carta Constitucional, e há

consonância com a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), que descreve que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”.

O controle disciplinar, porém, não pode ser realizado de qualquer maneira, deve respeitar o devido processo legal previamente estabelecido em ordenamento próprio (regulamento disciplinar) das instituições militares.

O militar, antes de ser punido deve ter o direito à uma ampla defesa e pode justificar-se dos motivos da sua conduta, que posteriormente será apreciada por seus comandantes diretos, até a decisão final sobre a punição.

Em caso de punição, esta deverá ser publicada em Boletim da Unidade, local, em que estarão discriminados o número de dias de prisão, e a data da soltura.

Todas estas documentações deverão ser verificadas pela guarnição de serviço: o documento de apuração da transgressão, a justificativa do militar, o parecer a respeito do cometimento ou não da transgressão e a publicação do ato.

Toda essa documentação deverá ser arquivada, para que haja a possibilidade de que Administração Militar possa comprovar a garantia de todos os princípios constitucionais em um eventual questionamento.

4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Trata-se da apresentação do preso à autoridade judiciária para que, de posse de todos os elementos, e ouvidos o Ministério Público, Defensoria Pública e a defesa da parte, possa verificar a legalidade da prisão, a necessidade de sua manutenção, e, em caso da soltura, a imposição ou não de medidas cautelares.

A proteção da liberdade, a integridade física do preso e sua dignidade, são as tônicas desse procedimento que, embora ainda seja encarado por alguns críticos como uma política de desencarceramento, tem como principal finalidade a proteção de direitos individuais.

A audiência de custódia foi implementada em 2015 e já é possível notar alguns reflexos, como a celeridade em atos do processo e economia de recursos. Além disso, permitiu o cumprimento do que está previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), que, em seu artigo 7º, versando sobre o direito à liberdade pessoal, descreve:

toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.⁴

Embora o Pacto trate de um prazo razoável, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 213, estabeleceu:

toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.⁵

Tal resolução também está em consonância com o disposto no inciso LXII, do artigo 5º da nossa Constituição, que descreve que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre devem ser comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

Imprescindível salientar que a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela sua excepcionalidade, portanto, o caráter extraordinário de que se reveste necessita da fundamentação substancial, com base em elementos concretos e reais que se ajustem aos pressupostos abstratos, que será formalizado pelo ato judicial na audiência de custódia.

⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 16 set. 18.

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 16 set. 18.

A apresentação para audiências de custódia já tem ocorrido na Justiça Militar, onde o juiz também pode analisar eventuais ocorrências de maus-tratos, ou quaisquer outras irregularidades, impedindo qualquer encarceramento arbitrário.

Porém, considerando que as Forças Armadas estão presentes em todo o território nacional, as localidades mais isoladas ainda encontram dificuldades para a realização dessa audiência, principalmente em regiões de fronteiras, onde a distância dos tribunais inviabiliza a apresentação do preso dentro do período estipulado.

Fruto dessa necessidade, e aliado aos avanços tecnológicos, surgiu a possibilidade da realização de audiência por meio de videoconferência, o que, além de dar celeridade aos procedimentos e gerar menos gastos aos cofres públicos, certamente possibilita mais acesso à justiça.

5 VIDEOCONFERÊNCIA NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

O avanço tecnológico permitiu a utilização de ferramentas como a videoconferência, objetivando efetivar o disposto no inciso LXXVIII, incluído no artigo 5º da Constituição por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Aos seis dias do mês de abril do ano de dois mil e dez, por meio da Resolução Nº 105⁶, o Conselho Nacional de Justiça dispôs sobre a possibilidade da realização de interrogatório, inquirição de testemunhas e depoimentos por videoconferência.

Cabe ressaltar que o sistema de videoconferência deve ocorrer de maneira excepcional, por decisão fundamentada pelo juiz, desde que almeje atender as finalidades estabelecidas nos incisos do parágrafo 2º do artigo 185 do Código de Processo Penal.

Na Justiça Militar da União, os procedimentos adotados para realização de audiências por videoconferência, está estipulado na Resolução Nº 224,

⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_105_06042010_11102012191007.pdf. Acesso em: 17 set. 18.

de 17 de maio de 2016, do Superior Tribunal Militar⁷, que entre outras coisas, determinou que as Auditorias equipem uma sala dentro de suas dependências com os recursos necessários à realização de videoconferência.

Essa Resolução também cuidou expressamente de determinar o caráter excepcional da utilização de videoconferência para o interrogatório dos acusados, medida indicada no seu artigo 6º, diferenciando-se da inquirição de testemunhas, que poderá ser feita sem restrições.

Além disso, versa sobre alguns procedimentos imprescindíveis, como o teste de conexão até 30 (trinta) minutos antes do horário previsto para o início da videoconferência, bem como seu cancelamento; e a audiência deve ser agendada caso a conexão não seja estabelecida, por qualquer motivo, após 30 (trinta) minutos do horário previsto para o seu início.

O moderno sistema implementado permanece garantindo ampla defesa ao acusado que pode realizar entrevista prévia e reservada com seu defensor e advogado (incluindo canais telefônicos), bem como ser assistido na sala de videoconferência do Juízo Deprecado e na sala de audiência do Juízo Deprecante, presídio ou Organização Militar.

Portanto, as Forças Armadas devem providenciar os equipamentos necessários para que seus estabelecimentos carcerários sejam equipados com uma sala destinada ao sistema de videoconferência, assegurando uma prestação jurisdicional eficaz, célere e econômica com o emprego de recursos modernos.

Cabe ainda destacar que é possível, como já praticado por alguns juízes e tribunais, a utilização de aplicativos de celulares para concretização do direito à audiência, o que se faz muito relevante para as Forças Armadas, não só pela simplicidade da medida, mas também pela capacidade de aplicação mais abrangente para as instituições inseridas em todo o território nacional.

As audiências por meio de videoconferência mostram-se, portanto, um importante mecanismo de celeridade processual, em substituição a outras medidas como as audiências realizadas por meio de carta precatória.

⁷ SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. Disponível em https://www.stm.jus.br/images/STM/resolucao_224-2016-video.pdf. Acesso em: 17 set. 18.

Salienta-se, ainda, o que descreve o artigo 3º, letra a, do Código de Processo Penal Militar para casos omissos nessa legislação, que possibilite que eles sejam suprimidos pela aplicação subsidiária da legislação processual penal comum.

6 ASSISTÊNCIAS

A prestação assistencial ao preso é dever do Estado. Esse procedimento deve ser garantido para que haja um suporte mínimo capaz de fornecer ao presidiário condições de respeito à sua dignidade.

A primeira assistência garantida ao detento é a de cunho material, pois a partir do seu ingresso no estabelecimento carcerário deve ser fornecida roupa de cama e travesseiro para a cela, bem como alimentação suficiente.

Relativo às vestimentas, é imprescindível que sejam adequadas às condições climáticas, que os calçados sejam substituídos por chinelos, e, em caso de impossibilidade, que sejam retirados os cadarços dos tênis (bem como os cordões de shorts e casacos) para minimizar qualquer tentativa de lesão própria e da guarnição de serviço.

Também deve-se cuidar para a troca das roupas de cama, cuidando para que sejam lavadas com regularidade, garantindo o asseio do estabelecimento.

As refeições deverão ser confeccionadas pelo setor de provisionamento das Organizações Militares e deve haver procedimentos para apanha e fornecimento desse material.

Importante frisar que desta forma a comida fornecida aos presos será a mesma que é destinada aos demais militares, não havendo diferenciação, garantindo um tratamento isonômico e digno.

Em caso de recusa da alimentação por parte do preso, é imprescindível que se faça o registro em livro próprio, adotando-se procedimentos preestabelecidos para que não haja dúvidas de que a recusa ocorreu de maneira voluntária.

Além dessa assistência mínima, também devem ser fornecidas as demais assistências estabelecidas no artigo 10 da Lei de Execução Penal, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

6.1 Jurídica

Qualquer indivíduo terá preservado seu direito a uma defesa técnica, e esta poderá ser realizada por meio de um advogado particular legalmente constituído, ou mesmo por meio de um Defensor Público.

O artigo 5º, inciso LXXIV, garante como dever do Estado a assistência jurídica integral e gratuita aos que atestam insuficiência de recursos.

É comum que o número de presos militares seja maior entre os de patentes mais baixas, ou seja, aqueles com os piores salários, o que demonstra a necessidade da presença da Defensoria Pública da União nesse tipo de estabelecimento.

Frisa-se também que o Estatuto da Advocacia (Lei Nº 8.906, de 4 de julho de 1994) garante ao advogado a comunicação com seu cliente, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando ele se achar preso, detido ou recolhido em estabelecimentos civis ou militares.

Porém, como já mencionado, as prisões militares, quase em sua totalidade, não estão estabelecidas em locais próprios, permanecem muitas vezes no interior de quartelamentos, carecem de melhores estruturas para esse tipo de visitação, que ocorre, muitas vezes, em locais improvisados.

6.2 À saúde

A privação de liberdade, direito fundamental, não pode extrapolar o caráter corretivo de sua medida, sendo dever do Estado cuidar para que os custodiados se mantenham, durante todo o período de sua prisão, em pleno gozo das suas condições de saúde.

A saúde dos presos deverá ser assistida tanto na área médica como odontológica. Deve ser estabelecida de duas formas: o tratamento preventivo e o curativo.

O tratamento preventivo deve ocorrer com inspeções periódicas, em que o médico da Organização Militar (ou médico da guarnição cedido para esse fim) passará em revista os presos e verificará a condição de saúde de cada um.

Na ocorrência de qualquer problema de saúde, o preso deve ter acesso ao tratamento curativo e emergencial, qualquer que seja ele. O tratamento pode ser realizado pelas Formações Sanitárias dos Batalhões que possuírem, ou mesmo pelos hospitais militares. Na ausência destes, além das instituições médicas conveniadas, também deve ser franquiada ao detento a possibilidade de um tratamento particular, que deve ser realizado com todas as cautelas inerentes ao custodiado, se possível, dentro do próprio estabelecimento prisional.

Em hipótese alguma deve ser ministrado ao preso qualquer tipo de medicamento sem a devida prescrição médica. Tal medida visa não somente o bem-estar do prisioneiro, mas amparar os responsáveis pela custódia, evitando qualquer incidente em razão do uso indevido de remédios.

O fornecimento dos medicamentos, quando não disponíveis pela cadeia de suprimentos, deve ser realizado pelos familiares dos presos, de maneira que seja garantido o acesso à saúde o mais breve possível.

Todas as visitas e consultas médicas também devem ser registradas para que, na hipótese de qualquer questionamento, seja possível comprovar a assistência plena à saúde.

6.3 Educacional

A Lei de Execução Penal, em seu artigo 21, determina que os presídios devem ser dotados de uma biblioteca, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos. Deve, da mesma maneira, ser permitido o acesso aos periódicos como jornais e revistas.

A restrição orçamentária é um evidente obstáculo para o cumprimento da aludida determinação legal. Perceba-se que, levando-se em consideração as necessidades pelas quais passam as Unidades Militares, quem estaria disposto a despender preciosos recursos priorizando a aquisição de livros destinados à leitura dos presos?

Uma medida possível de ser adotada, é a doação voluntária de livros realizada por familiares dos presos ao referido estabelecimento. Dessa forma,

há uma constante renovação dos títulos disponíveis que serão disponibilizados a todos os futuros presos.

Outro debate importante é a possibilidade da remição da pena, que, a partir da Lei nº 12.433, de 2011, permitiu ao condenado o direito de abreviar o tempo imposto em sua sentença penal em razão de leitura, alterando o disposto no artigo 126 da LEP.

Após a referida alteração, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação Nº 44⁸, estabeleceu os critérios do benefício nos casos em que os detentos se dedicam a leitura.

Segundo a norma, o preso tem o prazo de aproximadamente 30 dias para leitura de uma obra e apresentação de uma resenha sobre o assunto, que posteriormente deverá ser avaliada por uma comissão.

Como já salientado, diferentemente dos presídios civis, os presídios militares estão localizados dentro de Organizações Militares, onde a administração carcerária além de ter que dividir suas atribuições cotidianas com outras atividades da vida castrense, não dispõe de pessoal capacitado tecnicamente para a aludida atividade.

6.4 Religiosa

A Constituição Federal assegura em seu artigo 5º, inciso VII, a prestação de assistência religiosa nas entidades militares de internação coletiva, devendo, portanto, haver um planejamento para a disponibilização dessa prestação assistencial aos presos.

As Forças Armadas possuem Serviço de Assistência Religiosa que deve trabalhar em parceria com os responsáveis pelas administrações carcerárias para o fiel cumprimento da lei.

Por evidente, a assistência religiosa é um direito do preso; não deve, portanto, ser realizada de maneira compulsória.

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1235>. Acesso em 14 set. 2018.

Cabe ainda lembrar a laicidade do Estado, determinada pelo Art. 19, inciso I, da Constituição Federal.

6.5 Social e psicológica

O acompanhamento psicológico e social tanto para o interno como para seus familiares é parte primordial do processo de ressocialização do preso. É por meio desses estímulos que se busca reflexões pessoais, ético-morais e comportamentais do custodiado.

A visitação deve ser periódica, preferencialmente semanal, e passar por rigoroso procedimento de revista, tudo com a finalidade de prezar pela integridade física do custodiado.

Também por motivos de segurança, deve ocorrer em horários preestabelecidos, e todo visitante deve ser rigorosamente cadastrado.

Como direito, e com exceção das funcionais, as visitas devem ser consentidas pelo interno, declarando por escrito as pessoas autorizadas a realizar a visitação.

A visitação, além do caráter social, permitirá aos familiares e amigos verificar a higidez física e mental do seu ente, possibilitando também o fornecimento de materiais como os de higiene ou remédios prescritos.

Por ser realizada no interior de aquartelamentos (em sua maioria), os visitantes devem observar alguns critérios, principalmente acerca do tipo de vestimenta, para que não haja impedimento da visita, causando constrangimentos nesse sentido.

As Forças Armadas também contam com o serviço de assistência social e psicológica, que devem realizar acompanhamento habitual, não somente dos militares presos, mas estendendo o apoio aos seus familiares.

É de suma importância que o preso possa reconstruir a consciência acerca do seu comportamento disciplinar e de valores individuais como pessoa, resgatando o cidadão não somente para a profissão militar, mas para seu convívio em sociedade, visando prevenir condutas desviadas no futuro.

Por fim, no que tange o direito à visita íntima, cumpre salientar que, embora adotado como prática comum nos presídios ordinários, não há previsão

expressa em lei, sendo este tema ainda controverso no direito militar, uma vez que pode ensejar o cometimento de outro crime, nos termos do artigo 235 do Código Penal Militar:

Art. 235 – Pederastia ou outro ato de libidinagem – Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique, ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito à administração militar.

7 LIBERAÇÃO DE PRESOS

A liberação dos presos poderá ocorrer em três circunstâncias: término do cumprimento da pena, recebimento de alvará de soltura, ou fim da punição disciplinar.

A liberação por ocasião de alvará de soltura deve ser realizada imediatamente. O preso receberá uma cópia do alvará e, para garantir a lisura do procedimento, deverá dar ciência no verso do documento, contendo horário e data do seu recebimento.

A cópia do alvará de soltura, com a cientificação do preso em seu verso, garantirá a comprovação do cumprimento da decisão pela autoridade competente.

Obviamente, entre o alvará de soltura e a efetiva liberação do preso, existe um lapso temporal destinado aos procedimentos administrativos de soltura, como conferência de documentação, realização de exames, entre outros. O não cumprimento imediato da determinação de soltura poderá configurar abuso de poder, conforme descrito no artigo 467, letra f, do Código de Processo Penal Militar.

Salienta-se que os andamentos processuais da Justiça Militar agora se dão por meio de sistema eletrônico (E-Proc), e deve haver o correto cadastramento para o acesso ao alvará de soltura.

Atualmente, esse cadastramento é feito por meio de numeração do Cadastro de Pessoa Física (CPF), ou seja, apenas aqueles que estiverem cadastrados terão acesso aos processos.

Ocorre que os presos são custodiados por diversas pessoas, dentro de uma escala de serviço prévia. Sendo assim, deverá existir a utilização de um

único cadastro para o acesso, ou então, o cadastramento de diversos CPF para um único processo.

Uma oportunidade de melhoria desse sistema seria o cadastramento funcional, com numeração única do presídio militar, contendo o acesso aos processos daqueles que ficarem ali encarcerados.

A punição disciplinar, como já abordado, deve ser publicada em Boletim Interno da Unidade. Neste mesmo documento, deverá estar explícito o número de dias que o militar deverá permanecer preso, apontando a data e horário exato do término da punição.

Todos os procedimentos para saída deverão ser submetidos às mesmas cautelas, quais sejam: conferência do inventário de materiais e das condições das celas, ressaltando-se que, em caso de danificação das instalações, o militar pode ser sancionado disciplinarmente.

Além disso, por ocasião de sua saída, o militar posto em liberdade deverá declarar se recebeu alimentação e água suficientes, e se recebeu maus tratos por ocasião de sua passagem.

Todos os documentos servem como respaldo para quaisquer futuros questionamentos e devem ser assinados pelo preso e pelo militar responsável por sua soltura, indicando a data e hora do ocorrido.

Além disso, é imprescindível o exame de corpo de delito, a ser realizado no Instituto Médico Legal ou, caso a guarnição possua, por um médico legista.

Salienta-se que o Código de Ética Médica, em seu artigo 95, veda os exames médico-periciais de corpo de delito em seres humanos no interior de prédios ou dependências de delegacias de polícia, unidades militares, casas de detenção e presídios⁹.

Tal procedimento também visa a verificação de lesões, para que se tenha documentado, que o preso não sofreu qualquer tipo de maus tratos.

⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20666:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-xi-auditoria-e-pericia-medica&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122. Acesso em: 18 set. 18.

8 PRESÍDIO FEMININO

O início da presença feminina nas Forças Armadas se deu em 1822, quando Maria Quitéria de Jesus Medeiros alistou-se no regimento de artilharia como Soldado Medeiros, lutando pela independência do Brasil¹⁰.

Sua notória bravura, fez com que em 1996, por meio de decreto da presidência da República, fosse reconhecida como Patrono do Quadro Complementar de Oficiais do Exército Brasileiro.

Também durante a Segunda Guerra Mundial, as mulheres contribuíram como voluntárias em hospitais do exército norte-americano, e hodiernamente são presença constante das missões de paz pelo mundo.

Na Marinha, a legislação permitiu a admissão do sexo feminino a partir de 1980 e, de acordo com os dados de 2015, o efetivo dessa instituição é de 7.975 mulheres.

O Exército Brasileiro, desde 2016, já permite o ingresso do segmento feminino na área bélica para oficiais, e desde 2017, na mesma área para formação de sargentos, permitindo às mulheres participarem da mesma formação militar de oficiais e praças de carreira destinada aos homens.

Além disso, conta com o efetivo de mulheres no Quadro Complementar de Oficiais, engenheiras militares, bem como médicas, farmacêuticas, dentistas, veterinárias e enfermeiras.

A Força Aérea Brasileira foi a primeira a permitir que mulheres executassem a atividade fim da instituição; e é a que possui o maior número de militares do sexo feminino, cerca de 9.820, segundo dados de 2015.

Os últimos dados apontam um número de cerca de 28 mil mulheres servindo às Forças Armadas¹¹, e a crescente inserção do segmento feminino nas instituições também aumenta a necessidade de uma prisão própria para esse segmento.

¹⁰ MINISTÉRIO DA DEFESA. Disponível em <https://www.defesa.gov.br/noticias/18669-historia-de-mulheres-nas-forcas-e-repleta-de-lutas-e-conquistas>. Acesso em: 18 set. 18.

¹¹ GOVERNO DO BRASIL. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/noticias/seguranca-e-justica/2017/06/no-brasil-cerca-de-28-mil-mulheres-servem-as-forcas-armadas>. Acesso em: 18 set. 18.

Além disso, a Constituição determina distinção de estabelecimento carcerário para cumprimento da pena de acordo com o sexo do apenado.

O provável aumento do número de encarceradas, tornará necessário o aumento do efetivo também de guardas do segmento feminino para realização não somente de procedimentos rotineiros como revistas, mas também para procedimentos específicos, como no exemplo de uma presidiária gestante ou lactante.

Um caminho possível seria a criação de Organizações Militares Carcerárias, com destinação própria para guarda de presos, o que poderia dirimir diversos obstáculos.

Cedo ou tarde tal problemática terá que ser abordada, e a antecipação com correto planejamento poderá evitar problemas.

9 OUTRAS PARTICULARIDADES

9.1 Uso de algemas

Um tema amplamente discutido e extremamente sensível é a regulação do uso de algemas.

O Código de Processo Penal Militar (1969) em seu artigo 234, §1º, descreve que o emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão por parte do preso, salientando ainda, que, de modo algum, deverá ser permitido nos presos a que se refere o artigo 242.

Dentre estes, estão os oficiais das Forças Armadas, das Polícias e dos Corpos de Bombeiros Militares (incluindo os da reserva e os reformados) e também os diplomados por faculdade ou instituto superior de ensino nacional.

A Lei de Execução Penal (Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984), em seu artigo 199, descreve que o emprego de algemas será disciplinado por Decreto federal.

Ante a ausência dessa regulamentação, no ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 11, que versa sobre o tema e descreve sua excepcionalidade, lícita apenas em caso de resistência, de fundado

receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso e de terceiros.

Em 26 de setembro de 2016, o Decreto Nº 8.858, assinado pelo Presidente da República em exercício, veio resolver a lacuna legislativa, regulando o disposto no artigo 199 da LEP.

Ora, pelo critério cronológico, diante de dispositivos legais mais novos sobre o tema, e com vistas à garantia dos direitos individuais, depreende-se que a possibilidade da utilização de algemas deve obedecer apenas aos critérios dispostos no Decreto Nº 8.858, quais sejam, a resistência, o fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, causada pelo preso ou por terceiros.

Cabe ressaltar que o uso indiscriminado pode resultar em caso de abuso de autoridade, sujeitando seu autor à sanção administrativa e penal.

9.2 Separação dos presos

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVIII, determina a separação dos presos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Ainda, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 84, determina a separação dos presos provisórios dos condenados por sentença transitada em julgado. Da mesma forma determina o artigo 239 do Código de Processo Penal Militar.

Essa separação também enfrenta alguns critérios, como a separação dos que cometeram crimes hediondos ou equiparados dos acusados da prática de outros crimes ou contravenções, por exemplo. Também determina (por motivos óbvios de segurança) a separação daqueles que, ao tempo do fato, eram funcionário da Administração da Justiça Criminal.

Embora não haja determinação legal, também é aconselhável a separação dos condenados por crimes sexuais.

Os presídios militares, além das separações já aludidas, devem cuidar da separação dos presos que estão respondendo às justiças comum e militar dos presos disciplinares, e também, respeitar a divisão por círculos hierárquicos.

9.3 (Im)Possibilidade da custódia de civis

O Estatuto dos Militares (Lei N° 6.880, de 9 de dezembro de 1980), que regula a situação, obrigação, deveres, direitos e prerrogativas dos membros das Forças Armadas, estabelece, em seu artigo 73, letra c, como uma das prerrogativas, o cumprimento de pena de prisão ou detenção somente em organização militar da respectiva Força.

O Código de Processo Penal Comum também estabelece, em seus artigos 295 e 296, o recolhimento dos oficiais e praças em quartéis ou prisão especial. Da mesma maneira que também descreve o Código de Processo Penal Castrense em seu artigo 242.

O Código Penal Militar, além de preconizar a mesma coisa em seus artigos 59 e 61, explicita o caráter exclusivista do estabelecimento prisional para o público castrense, descrevendo em seu artigo 62, que o civil, ainda que julgado pela Justiça Militar, cumpre a pena aplicada em estabelecimento prisional civil, ficando sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, gozando de seus benefícios e concessões.

O cárcere militar, portanto, tem a finalidade de custodiar os militares presos que se encontrarem à disposição da Justiça Comum, da Justiça Militar e os presos Disciplinares das Organizações Militares.

Tal medida visa permitir a manutenção da ordem carcerária, pautada no respeito aos preceitos castrenses e no tratamento digno, salientando que, mesmo na condição temporária de preso, o encarceramento estará sujeito à disciplina disposta nos regulamentos e no Código Penal Militar.

Recentemente, a prisão, após condenação, do ex-presidente da República, em instalação prisional civil, começou a trazer transtornos para a região, como manifestações e ocupações das ruas circunvizinhas àquele estabelecimento.

Em decorrência desse constante transtorno, o Sindicato dos Delegados de Polícia Federal do Paraná (SinDPF/PR) solicitou à Superintendência do órgão a transferência do ex-presidente para uma unidade das Forças Armadas, o que foi amplamente divulgado pelos veículos de imprensa.

O presídio castrense é prerrogativa do militar para que possa permanecer custodiado em estabelecimento próprio, não há motivo para que o civil seja nele aprisionado, ressalvada à hipótese do cumprimento de determinação judicial.

A exceção ao caso é a guarda do preso civil recém-excluído do serviço ativo durante o período em que aguardar transferência (vaga e/ou autorização judicial) para estabelecimento prisional comum, condizente com a alteração da sua situação.

10 CONCLUSÃO

O aumento da população carcerária no Brasil, fruto dos crescentes índices de violência no país, trouxe como consequência o aumento do envolvimento de militares das Forças Armadas em ilícitos penais, tornando necessária a especialização dessas instituições no que concerne à custódia de indivíduos, seja no que tange à parte operacional, ou mesmo à parte administrativa e legal.

A prisão em estabelecimento militar é uma prerrogativa dada pela legislação vigente aos membros das Forças Armadas para que sejam custodiados em estabelecimento próprio, diferentemente daquele destinado aos civis.

Os militares poderão permanecer encarcerados nestes estabelecimentos por motivos diversos, seja pelo cometimento de crimes militares, como forma de punição por condutas inadequadas, ou mesmo pelo cometimento de crimes ordinários.

Tal prerrogativa não deve ser percebida como uma regalia, mas sim como uma particularidade, visto que muitas serão as obrigações e contrapartidas exigidas dessa categoria de presos.

Todas as documentações exigidas e comunicações realizadas garantem que o prisioneiro, esteja ele cumprindo pena ou não, tenha seus direitos constitucionais de ampla defesa e contraditório intocáveis, evitando excessos,

garantindo o devido processo legal e, acima de tudo, respeitando a dignidade da pessoa humana.

Essas comunicações também permitem ao Ministério Público a correta fiscalização e acompanhamento dos presos, fazendo-se constantemente presente nesses estabelecimentos, aprimorando todas as questões atinentes à custódia de militares, bem como dos procedimentos carcerários adotados dentro da instituição.

As audiências de custódia e a possibilidade da realização de audiências por meio de videoconferência, além de se alinharem aos tratados internacionais de direitos humanos e à própria Constituição Federal, possibilitaram celeridade nos procedimentos e garantiram mais acesso ao real significado de justiça.

As assistências devidas aos presos militares não se mostram um obstáculo às Forças Armadas, que possuem serviços próprios, sendo possível coadunar com o disposto na Lei de Execução Penal.

Destaca-se, como medida preventiva e, em razão do crescente ingresso de militares do segmento feminino, a necessidade um amplo debate acerca dos presídios militares para mulheres, de maneira a garantir um tratamento isonômico, seguro e eficaz de encarceramento.

Ressalta-se a necessidade de se registrar toda a rotina diária do estabelecimento, bem como as situações excepcionais que por ventura possam ocorrer, de maneira a resguardar a administração militar de eventuais imputações inverídicas por parte dos presos, ou mesmo por pessoas a eles relacionadas.

Imprescindível salientar que ao assumir o dever de guarda de alguém, o Poder Público se coloca na posição de garante, devendo zelar pela integridade dessas pessoas.

Dessa forma, consoante o entendimento dos tribunais superiores, no que tange à custódia de presos, com base na teoria do risco administrativo, a responsabilidade do Estado é objetiva, presumida em razão do dever de cuidado, não sendo necessária a demonstração de culpa.

Por fim, entende-se que a melhor forma de erradicação do cometimento de ilícitos (administrativos, cíveis ou penais) ocorre por meio da conscientização, orientação, ajustamento de condutas, prevenção geral e especial, devendo, sempre que possível, ser instituído, nos locais que possuem estabelecimento

carcerário militar, instruções de rotina que normatizem, tutelem e fiscalizem os direitos e deveres do preso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil: Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF, 3 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21 abr. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 22 jul. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20666:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-xi-auditoria-e-pericia-

-medica&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122. Acesso em: 18 set. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dados sobre a população carcerária brasileira. Brasília, 2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/impressao/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em: 29 jul. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1235>. Acesso em: 14 set. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 16 set. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_105_06042010_11102012191007.pdf. Acesso em: 17 set. 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-0561.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

GOVERNO DO BRASIL. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/seguranca-e-justica/2017/06/no-brasil-cerca-de-28-mil-mulheres-servem-as-forcas-armadas>. Acesso em: 18 set. 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Atlas da Violência 2018. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/>. Acesso em: 29 jul. 2018.

MINISTÉRIO DA DEFESA. Disponível em: <https://www.defesa.gov.br/noticias/18669-historia-de-mulheres-nas-forcas-e-repleta-de-lutas-e-conquistas>. Acesso em: 18 set. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. Disponível em: https://www.stm.jus.br/images/STM/resolucao_224-2016-video.pdf. Acesso em: 17 set. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/7021-procurador-da-justica-militar-garante-que-os-presidios-militares-atendem-aos-criterios-de-direitos-humanos>. Acesso em: 19 set. 2018.

Uma análise constitucional acerca do julgamento de civis perante a Justiça Militar da União

Luiz Filipe Ribeiro Bizigato

Advogado

Bacharel em Direito pela PUC Campinas

Pós-graduando em Direito pela PUC Minas

Christiany Pegorari Conte

Professora da Faculdade de Direito da PUC Campinas

Mestre em Direito pela FMU

Doutoranda em Educação pela PUC Campinas

Membro e parecerista do IBCCRIM

RESUMO: O presente trabalho tem como cerne analisar, à luz da Carta Constitucional, a competência da Justiça Militar da União em processar e julgar civis nos crimes militares definidos em lei, em tempo de paz. Para tanto, procederemos com a investigação histórica constitucional acerca da temática, e sob a perspectiva do princípio do juiz natural e da cláusula geral do devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Militar da União. Justiça Castrense. Competência para o julgamento de civis. Princípio do juiz natural. Cláusula geral do devido processo legal.

ENGLISH

TITLE: A constitutional analysis of the judgment of civilians by the Military Justice of the Union.

ABSTRACT: This paper aims to analyze, in the light of the Constitutional Charter, the competence of the Military Justice to prosecute and try civilians in military crimes defined by law, in peace times. For this purpose, we went deeply in to the constitutional historic issue and from the perspective of the principle of natural judge and the general clause of due process.

KEYWORDS: Military Justice of the Union. Military justice. Jurisdiction for the trial of civilians. Principle of the natural judge. General clause of due process.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A história da competência da Justiça Castrense à luz das disposições constitucionais – 3 Princípio do juiz natural – 4 Cláusula geral do devido processo legal – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, devido à grave situação na segurança pública vivenciada em alguns estados brasileiros, houve a necessidade de se utilizar das Forças Armadas no auxílio das forças de segurança estaduais. Os militares federais foram empregados em inúmeros episódios, dentre os quais se destacam as missões de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) nos estados do Rio Grande do Norte, Espírito Santo e Rio de Janeiro. Quanto ao último estado citado, a debilidade extrema na segurança pública levou a decretação da Intervenção Federal na Segurança Pública, na qual os militares do exército, da marinha e da aeronáutica tiveram relevante contribuição na proteção dos fluminenses.

O emprego das Forças Armadas na segurança da população faz emergir uma questão de extrema relevância para o universo criminal, todavia pouco difundida. Em regra, não é ensinada nos cursos de Direito, tampouco tratada nas doutrinas de Direito Penal e Processo Penal. Quando abordada, é examinada de modo superficial, não havendo o aprofundamento nas discussões. Tal questão é o julgamento de civis perante a Justiça Militar da União.

Muitos podem-se surpreender com o que foi dito, indagando se é possível um civil ser julgado perante a Justiça Militar da União mesmo em tempo de paz. Para essa pergunta, não há uma resposta unívoca, havendo teses nos dois sentidos.

Para melhor compreender a questão, é necessário recorrer à Constituição Federal, que, em seu art. 124, prevê que compete à Justiça Militar da União processar e julgar crimes militares definidos em lei, trata-se, portanto, de competência *ratione legis*. Assim, independentemente de quem seja o sujeito ativo (militar ou civil), o cometimento de um crime militar determina a competência da justiça especializada.

Nesse contexto, vem o Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001 de 1969) definir os crimes militares, elencando em seu art. 9º os crimes militares cometidos em tempo de paz; no inciso III, ao tratar dos cometidos contra as instituições militares, inclui como possíveis sujeitos ativos os militares da reserva, reformados ou civis.

Em primeira análise, aparenta ser inequívoca a constitucionalidade da Justiça Militar da União em processar e julgar civis nos crimes contra as instituições militares, nas hipóteses colacionadas no art. 9º, inciso III, do Código Penal Militar. Entretanto, ao vislumbrarmos a formação dos órgãos julgadores, nota-se uma incompatibilidade que, para parcela dos juristas, macula de tal forma os princípios constitucionais que culmina na não recepção da competência em tela pela Carta Magna. Por sua vez, para a outra parcela, a incompatibilidade é facilmente resolvida com uma interpretação constitucional do Código Penal Militar ou simplesmente, com a aprovação do Projeto de Lei nº 7.683 de 2014, que tem a pretensão de atualizar o diploma legal de 1969.

A Justiça Militar da União compõe-se, basicamente, de duas instâncias, além da Corte Constitucional. A segunda instância é constituída, em regra, pelo Superior Tribunal Militar, já a primeira instância é formada pelos Conselhos de Justiça.

Os Conselhos de Justiça são órgãos colegiados, compostos por um juiz-auditor, bacharel em Direito, que ingressou na carreira mediante aprovação no concurso público de provas e títulos, e quatro militares. São subdivididos em

duas espécies, Especial e Permanente. Ao primeiro compete processar e julgar os oficiais, exceto os oficiais-generais, cuja competência originária é do Superior Tribunal Militar. Ao segundo, o Conselho Permanente, cabe a competência residual, ou seja, processar e julgar acusados que não sejam oficiais nos crimes militares.

A doutrina nacional denomina como escabinato a composição dos Conselhos de Justiça, formados por um juiz togado e quatro militares, os quais possuem igualdade e equivalência de votos. A mencionada composição plúrima se justifica em atendimento às peculiaridades do próprio dever legal dos militares e em vista das bases que norteiam a organização militar: hierarquia e disciplina. Assim, harmonicamente, combina a vivência na caserna com o conhecimento técnico-jurídico.

A presença dos militares é de suma importância para o atendimento da função típica do Poder Judiciário, a qual a Justiça Militar da União integra, uma vez que somente um militar com vivência na caserna consegue compreender os atos e as motivações de outro militar. Apenas quem vive sob os princípios da hierarquia e disciplina, quem comunga dos deveres institucionais, quem recebe o mesmo treinamento físico, psicológico, tático e bélico, quem participa efetivamente de operações de campo, quem se depara com a boca do cano da arma do inimigo pode entender os pensamentos e as reações de outra pessoa submetida às mesmas condições.

Em vista do caráter eminentemente penal da Justiça Castrense, é essencial ter esse conhecimento para identificar, se no caso concreto, em que um militar está sendo acusado pela prática de certa infração penal, houve o dolo ou a culpa, elementos integrantes da conduta, cuja ausência torna o fato atípico, bem como para o reconhecimento de outros institutos penais que demandam do julgador uma mínima percepção das possíveis intenções ou da falta delas pelo acusado. Dificilmente uma pessoa alheia ao oficialato terá essa percepção. Por isso, há essencialidade do escabinato.

Ante a estrutura da Justiça Militar da União, vislumbra-se que compete aos Conselhos Permanentes de Justiça processar e julgar os civis nos crimes militares previstos no art. 9º, inciso III, do Código Penal Militar, em vista da

sua competência residual e da ausência do enquadramento nas hipóteses que estabelecem as competências do Conselho Especial de Justiça e originárias do Superior Tribunal Militar. Entretanto, diferentemente dos militares, os civis não partilham das vivências na caserna, não são submetidos à égide dos princípios da hierarquia e disciplina, não comungam dos deveres institucionais, não recebem os mesmos treinamentos, não compartilham das mesmas situações cotidianas, conseqüentemente, os motivos que levam à essencialidade da presença dos militares nos julgamentos de militares os afastam do julgamento dos civis, em virtude da incompatibilidade expressa.

Dessa incompatibilidade surgem as duas vertentes, a que considera não recepcionado a parte do artigo que estabelece a competência da justiça especializada em julgar civis em tempo de paz, sustentando que a discrepância ora exposta atenta contra os princípios do devido processo legal e do juiz natural; e há a vertente que, reconhecendo a incompatibilidade, defende que tal é resolvida com a interpretação à luz da vigente Constituição Federal, no sentido de transferir ao juiz-auditor a incumbência de julgar singularmente a lide.

Nessa senda, vislumbra-se que a questão posta repousa sobre alicerces constitucionais, inclusive, a sustentação das conclusões de ambas as correntes são lastreadas nos princípios constitucionais, por isso passamos a efetuar a análise constitucional acerca da temática, objetivando extrair o resultado que melhor se adequa aos ditames da Carta Magna.

2 A HISTÓRIA DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE À LUZ DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

A justiça militar brasileira data da vinda da família real para o Brasil, sendo considerada a primeira estrutura voltada ao processamento e julgamento de litígios dissociada das cortes portuguesas. É tida, assim, como a justiça mais antiga da nação. Em 1º de abril de 1808, como parte das transformações políticas e administrativas decorrentes da vinda da corte portuguesa para o Brasil, o príncipe Fernando José de Portugal, então ministro-assistente do gabinete do príncipe Dom João VI, expediu o alvará que criou o Conselho Supremo Militar

e de Justiça (JUNQUEIRA; KORNIS). Oportunamente, cabe observar que o sistema jurídico-militar vigente em território nacional, até então, era totalmente vinculado à Lisboa, nas figuras dos conselhos de Guerra, do Almirantado e do Ultramar.

Competia ao mencionado órgão a função de julgar os crimes praticados por militares, bem como as de caráter eminentemente administrativo, especialmente de cunho consultivo, como a atribuição de decidir acerca do reconhecimento do serviço de guerra, a outorga de condecorações e, inclusive, o aumento da remuneração dos praças e oficiais.

O Conselho Supremo Militar e de Justiça vigorou durante todo o Império sem sofrer grandes modificações, mantendo as mesmas estruturas e funções de quando fora criado, permanecendo inerte a grandes mudanças, como a proclamação da independência em 1822. Tanto que a primeira constituição nacional (Constituição Política do Império do Brasil, datada de 25 de março de 1824) sequer fez menção a ele.

Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, fez-se necessária a elaboração de uma nova Carta Política que contemplasse o novo sistema de governo. Para isso, houve a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, a qual elaborou a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, datada de 24 de fevereiro de 1891. Diferentemente de sua antecessora, esta última contemplou, em seu art. 77, o mencionado órgão, entretanto passou a denominá-lo de forma diversa, como Supremo Tribunal Militar. Ademais, garantiu a vitaliciedade dos membros que o compõem e, por fim, estabeleceu que o foro especial militar, além de compreender o órgão em tela, também era integrado pelos demais conselhos.

Somente com o advento da Constituição de 1934 o Supremo Tribunal Militar e os demais órgãos que compunham a estrutura passaram a integrar o Poder Judiciário, dando início à Justiça Militar da União. A Carta Constitucional de 1934, sob forte influência europeia, inseriu importantes mudanças: além de tornar o referido órgão integrante do Poder Judiciário, alterou as suas competências, não as limitando ao julgamento de crimes praticados por militares, mas

prorrogando-as para abranger os crimes previstos em lei perpetrados por civis contra a segurança externa e as instituições militares.

A alteração na competência se deu devido ao cenário internacional da época. O mundo acabara de vivenciar as atrocidades da Primeira Guerra Mundial e, diante dos acontecimentos, alguns países europeus alteraram o ordenamento jurídico interno, destinando o julgamento dos crimes contra as instituições militares e a segurança externa a órgãos especiais (JUNQUEIRA; KORNIS). Esse foi o caminho que o Brasil trilhou acertadamente, pelo fato, principalmente, de que não há razão em transformar os órgãos em quadro em integrantes do Poder Judiciário se há limitação de sua competência a certo grupo de indivíduos, pois feriria a função típica desse poder, que consiste no exercício da função jurisdicional, isto é, a atuação imparcial do Estado nos conflitos de interesses, buscando sua pacificação, afinal, ao limitar os jurisdicionados a certo grupo, tende à parcialidade do órgão julgador.

A Carta Constitucional de 1934 vigorou por pouco mais de três anos. Em 1937, Getúlio Vargas instituiu o Estado Novo, por meio de uma nova Constituição, a qual manteve a competência da Justiça Militar da União.

A Constituição de 1946 concretizou a redemocratização do País. A nova Carta Constitucional também não alterou a competência da Justiça Castrense, todavia mudou a nomenclatura do órgão cúpula para Superior Tribunal Militar, nomenclatura que persiste até os dias atuais. A mencionada Constituição perdurou até 1967, entretanto, sofreu grandes modificações no decorrer do tempo, em vista da assunção dos militares ao poder em 1964. No que tange à competência da Justiça Militar da União, houve uma importante alteração com o Ato Institucional nº 2 (AI-2), de 27 de outubro de 1965, o qual, enfatizando a doutrina do “inimigo interno”, alterou o texto do § 1º do art. 108, modificando a expressão “segurança externa” por “segurança nacional”, acarretando, pela troca de uma palavra, em uma grande mudança na competência para o processamento de civis. O mesmo ato atribuiu ao Superior Tribunal Militar o julgamento de governadores de estado e seus secretários nos crimes contra a segurança nacional e as instituições militares, que outrora competia aos tribunais de justiça estaduais. Ademais, acrescentou ao texto modificado o cabimento de recurso

ordinário direto ao Supremo Tribunal Federal. A Carta Política de 1967 reiterou os termos do Ato Institucional nº 2.

Em 1969 uma Junta Militar assumiu o poder da nação e, sob a premissa de que competia ao Poder Executivo legislar quando do recesso do Congresso Nacional, editou a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Tama-nha foi a modificação à Lei Maior que muitos constitucionalistas a tratam como uma nova Constituição. Quanto à justiça militar, manteve a sua competência, limitando-se a retirar o cabimento do recurso ordinário direto ao Supremo Tribunal Federal.

Fruto do processo de transição pacífica entre os regimes, surgiu a vigente Constituição Federal. Nessa perspectiva, desaparecendo a motivação que outrora justificou a competência da Justiça Castrense em julgar os “inimigos internos” e sendo essa atribuição incompatível com o momento vivenciado, a Assembleia Nacional Constituinte transferiu a competência para julgar os crimes políticos à Justiça Federal. A Carta Política de 1988, com forte inspiração nas origens da Justiça Militar da União, revolucionou ao atribuir-lhe a competência para o julgamento de crimes militares previstos em lei (competência *ratione legis*), deslocando ao legislador ordinário a função de delineá-la. Ressalte-se que, ao definir a competência em razão da lei, o constituinte acaba por contemplar a competência clássica da Justiça Militar da União, uma vez que, ao prever “crimes militares”, continua a privilegiar o foro especial aos militares, o qual pode ser estendido aos civis em virtude da lei, mas diferentemente das Constituições anteriores, que fixava competência a todos os militares, independentemente do crime cometido (competência *ratione personae*), e estendia aos civis em somente duas hipóteses (crimes contra a segurança externa e as instituições militares), passou ao legislador ordinário o poder delimitador.

A análise histórica demonstra claramente que, desde a integração da justiça militar ao Poder Judiciário, é reservada a ela a competência de processar e julgar os civis nos crimes delineados pelas Constituições, principalmente os atentatórios às instituições militares. Ademais, quando o constituinte pretendeu estabelecer competência diversa das previstas nas Constituições anteriores, fê-lo

expressamente, de forma clara e precisa, como se observa na transferência da competência do julgamento de crimes políticos.

Cabe observar que, em momentos antes de se convocar a Assembleia Nacional Constituinte, houve a instituição, pelo Decreto nº 91.450 de 1985, da Comissão de Estudos Constitucionais, composta por cinquenta membros, escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo. Nela houve discussões acerca do julgamento de civis pela Justiça Militar e, mesmo com as discussões levantadas, o ideário pragmático permaneceu.

O constituinte Virgílio Guimarães, entendendo que não competia à Justiça Militar processar e julgar civis, propôs uma emenda substitutiva que limitaria a competência ao processamento e julgamento de militares nos crimes militares definidos em lei, contudo a Assembleia Nacional Constituinte, por 337 votos contra 139, decidiu pela rejeição (CONSTITUINTES..., 1988).

Diante dos fatos narrados, somadas às disposições do Código Penal Militar que entrou em vigência em 1º de janeiro de 1970, mais de quinze anos antes da Convocação da Assembleia Nacional Constituinte, permanecendo vigente até os dias atuais, não há dúvidas de que o constituinte, ciente das discussões acerca da temática, não vislumbrou a incompatibilidade do processamento e julgamento dos civis perante a Justiça Castrense, em tempo de paz, com a Carta Constitucional que estava a se tecer.

Em 2004, pretendendo atualizar o sistema judiciário nacional, o legislador pátrio editou a Emenda Constitucional nº 45 e, dentre as reformas introduzidas, estava a alteração na competência da Justiça Militar Estadual, a qual, por razões de política pública, passou a ser *ratione personae*, limitando-se à apreciação dos feitos em que o sujeito ativo fosse militar estadual, com exceção dos crimes dolosos contra a vida de civis, os quais, por advento da mencionada Emenda, passaram a ser competência dos Tribunais do Júri. Apesar de ser um novo momento oportuno para o legislador restringir a competência da Justiça Militar da União no processamento e julgamento de civis, assim como o fez com a Justiça Militar Estadual, nada modificou, demonstrando que continuava adepto da mesma vertente.

Recentemente, o legislador, por intermédio da Lei nº 13.491, de 2017, alterou disposições relevantes do Código Penal Militar, deixando claro que a competência do Tribunal do Júri para o processamento e julgamento de militares que cometerem crimes dolosos contra a vida de civis limitar-se-á ao âmbito dos militares estaduais, isto é, nos termos do art. 9º, § 2º, do mencionado diploma legal, os crimes dolosos contra a vida de civil cometidos por militares das Forças Armadas, quando em cumprimento das atribuições determinadas pelo Presidente da República ou Ministro de Estado e Defesa, das ações envolvendo a segurança das instituições militares ou missões militares e das atividades de natureza militar de operação de paz, da garantia da lei e da ordem ou de atribuições subsidiárias, serão de competência da Justiça Militar da União. Entretanto, mesmo com as modificações, o legislador permaneceu guiando-se pela corrente pragmática. Nessa perspectiva, não há dúvidas quanto à constitucionalidade da Justiça Militar da União no julgamento de civis, desde que expressamente prevista em lei ordinária.

3 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

A Constituição Federal, no rol dos direitos fundamentais estabelecidos em seu art. 5º, elenca em uma de suas hipóteses, prevista no inciso XXXVII, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Na mesma linha, estabelece, no inciso LIII, a garantia de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Assim, contempla, implicitamente, o princípio do juiz natural.

Os jurisdicionados, quando envolvidos em um conflito de interesses, têm o legítimo direito de se socorrerem do Judiciário para que este exerça a sua função típica, a jurisdicional, na qual o Estado, na figura da autoridade judiciária, substituirá os titulares dos interesses conflitantes, objetivando, de forma imparcial, pacificar o litígio existente, mediante a aplicação do direito objetivo que rege o caso concreto, seja externando imperativamente o preceito, por meio de uma sentença de mérito; seja promovendo, no mundo das coisas, o que o preceito estabelece, por meio da execução, sempre observando o devido

processo legal (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO apud LENZA, 2015). A função jurisdicional se diferencia das demais não pela mera aplicação do direito, já que as funções legislativa e executiva também estão adstritas a aplicá-lo de forma mais ou menos intensa, mas pela prolação de decisão autônoma e autorizada, nos casos em que o direito é contestado ou lesado (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008) (CANOTILHO et al., 2013).

Como corolário da função jurisdicional, encontra-se o princípio da isonomia, com ênfase na imparcialidade, a qual se desdobra no princípio em quadro (juiz natural). O julgador, ao substituir os titulares dos interesses conflitantes, com a finalidade pacificadora, aplicando o direito objetivo inerente ao caso concreto, deve, obrigatoriamente, ser imparcial, afinal, ao contrário, tenderá preordenadamente a uma das partes, motivado por interesses alheios à atividade judicante, acarretando em injustiças.

A valorização da isonomia na função jurisdicional emerge dos pensamentos iluministas, surgidos nos idos do século XVIII nos países europeus. Tomados pela ideia de liberdade e, mormente, igualdade, defendiam que não poderia haver dois pesos e duas medidas para os sujeitos que se enquadram nas mesmas circunstâncias.

O movimento mais expressivo na época é o que se concentrou na França, devido ao cenário vivenciado, dotado de grandes pensadores, como Maximilien de Robespierre. A França do século XVIII era constituída por uma monarquia absolutista, cujo Estado se personificava na figura do próprio rei, Luís XVI. Marcada pelas grandes avarias aos cofres públicos, devido à derrota, contra a Inglaterra, na Guerra dos Sete Anos, motivada pelo controle de territórios da América do Norte, e, em contraposição, pelo franco crescimento da população que, no lapso de um século, passou de 20 para 26 milhões de habitantes, sendo que nos dois séculos que o antecederam o crescimento fora limitado em um milhão. Mesmo diante do cenário preocupante em quadro, o rei Luís XVI, objetivando vingar-se do fracasso da investida de seu avô, viu no movimento de independência americana uma grande oportunidade. Assim, destinou à causa dois milhões de libras, que à época eram suficientes para alimentar e abrigar, durante um ano, sete milhões de franceses. Piorando ainda mais uma situação

que já era extremamente preocupante, a França passou por um inverno rigoroso em meados de 1788, acarretando em colheitas modestas, levando ao aumento substancial do preço do trigo, que, por sua vez, acarretou o aumento no preço do pão, alimento base para a dieta francesa da época. Para se ter uma ideia, um francês humilde consumia ao menos um quilo de pão por dia. Não obstante, com o intuito de demonstrar liderança, o rei resolveu fazer uma reforma tributária, que, devido a sua inexperiência e falta de conhecimento, acabou por sobrecarregar com impostos aviltantes a parcela mais humilde da população. Em contrapartida a esse cenário de crise, a França também era marcada pelos banquetes suntuosos no Palácio de Versailles e pelas extravagâncias dos nobres com vestuários e penteados, entre outras, tanto que, devido aos seus grandes dispêndios com pequenices, a rainha fora apelidada de Madame Déficit. Irresignados com os privilégios senhoriais em contraposição às mazelas da população, os membros do terceiro setor, composto por todos aqueles que não faziam parte do clero ou da nobreza, foram à luta, culminando na Revolução Francesa (REVOLUÇÃO..., 2005).

Dentre os privilégios que afrontavam a igualdade defendida pelos revolucionários, estava o poder do rei em retirar o processo sob análise e julgamento do juiz competente, avocando-o ao seu conselho ou submetendo-o à apreciação dos comissários especialmente designados para o feito. O monarca, invocando o mencionado poder, seria capaz de criar, ao seu livre arbítrio, novas competências e, inclusive, novos órgãos julgadores, como as comissões extraordinárias.

Ainda durante a vigência da monarquia, os representantes do terceiro setor, reunidos na Assembleia Nacional, teceram a Declaração dos Direitos do Homem, cujo principal alicerce era a garantia da igualdade entre os franceses, tendente a abolir as distinções arcaicas fundadas na linhagem sanguínea. A referida declaração foi posteriormente assinada pelo rei, quando da Marcha sobre Versailles, em que mulheres reunidas contra o aumento do preço do pão marcharam rumo ao palácio, posicionando-se no portão de entrada. Cabe observar que, no dia subsequente à assinatura, Versailles foi tomada, e a família real, conduzida pela população para o Palácio das Tulherias, em Paris, para que ficasse mais próxima de seus súditos e das decisões da nação (REVOLUÇÃO..., 2005).

Fruto das lutas, o princípio do juiz natural foi consolidado de fato com o art. 17 da Lei 16, de 24 de agosto de 1790, ganhando maior relevo com a Constituição Francesa de 1791. Com a finalidade de afastar a desigualdade oriunda dos privilégios hereditários, a legislação francesa, seguida pela maioria dos países, passou a estabelecer por lei, de forma expressa, os tribunais e as suas respectivas competências, concedendo-lhes grande proteção. Temos, portanto, que a França é o berço do princípio do juiz natural.

Diferentemente do constituinte italiano, que previu expressamente o princípio em quadro na primeira parte do art. 25 da Constituição, a qual dispõe: “ninguém pode ser privado do juiz natural designado por lei” (ITALIA, 2018), o constituinte nacional de 1988 não contemplou expressamente o mencionado princípio, mas o reconheceu de maneira implícita, insculpido nos artigos supramencionados, de forma a não deixar margem para interpretações abusivas. Entretanto ressalta-se que, apesar de não constar expressamente da Carta Política, é mais do que evidente que está salvaguardado por ela.

A posição adotada pelo constituinte pátrio teve como principal fator impedir que os intérpretes afastassem a competência do conceito de juiz natural, com o propósito, dessa forma, de fraudar o texto maior, permitindo que privilégios fossem concedidos a certas pessoas, obstando a atividade judicante. Por isso o legislador foi preciso em seus termos ao estabelecer que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, deixando claro que ninguém será processado por juiz ou tribunal que não seja aquele que expressamente esteja delimitado na Constituição e regulamentado pela legislação infraconstitucional. Na mesma linha, estabeleceu que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Assim o constituinte impossibilitou qualquer margem para dúvidas, deixando nítido que a competência integra o princípio do juiz natural.

Nesse contexto, leciona o douto professor de Direito Processual Penal da Universidade do Paraná Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

O legislador constituinte brasileiro de 1988 não tratou expressamente do princípio, como haviam feito os europeus continentais após a Revolução Francesa, de um modo geral, exatamente para que se não alegasse não estar inserida nele a questão referente à competência. (CANOTILHO et al., 2013).

Apesar da clareza solar do constituinte em incluir a competência no conceito de juiz natural, uma parcela expressiva da doutrina nacional persiste em defender que a competência não está atrelada ao princípio em quadro, acabando por contrariar a própria Constituição, como aponta o douto professor:

Parte considerável de nossa doutrina – e a reboque a jurisprudência –, no entanto, quiçá por não se dar conta da situação, mormente após a definição constitucional, continua insistindo que a matéria referente à competência não tem aplicação no princípio em discussão. Em verdade, o que se está a negar, aqui, é a própria CF, empecando-se a sua efetivação. (CANOTILHO et al., 2013).

O constituinte, com o dever de estruturar o Estado, criou e definiu as atribuições dos órgãos que exercem a função tipicamente jurisdicional. Competências estas que gozam de caráter absoluto, ou seja, não são suscetíveis de alteração pela conveniência ou pela vontade das partes. Nas lições de José Joaquim Gomes Canotilho, os princípios que regem as competências constitucionais são o da indisponibilidade, o qual determina a intransferibilidade da competência a órgão diverso do que a Constituição definiu; e o da tipicidade, o qual dispõe que as competências dos órgãos constitucionais sejam tão só aquelas enumeradas no texto maior (CANOTILHO, 2002). Dito isto, ao vislumbrarmos os princípios norteadores das competências estabelecidas pela Constituição, percebemos nitidamente que o referido instituto integra o princípio do juiz natural.

Da mesma forma, o próprio cerne do princípio, que se traduz em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, impedindo que as competências sejam criadas para beneficiar ou prejudicar certos grupos, ao livre arbítrio da autoridade (legisladores, magistrados ou membros do poder executivo), leva-nos a conclusão que a competência o integra.

Tanto integra os princípios em quadro que o inconformismo dos teóricos iluministas e da população francesa em geral, que culminou na concepção do princípio do juiz natural, foi justamente o poderio do rei em alterar a competência do juiz natural da causa para o conselho ou comissários especialmente designados por ele. Nesses termos, as afirmações contrárias não só lesionam a Carta Constitucional brasileira, como o próprio cerne do princípio.

Oportunamente, cabe anotar que a Carta Magna atribuiu aos constituintes estaduais, bem como ao legislador federal e estadual, a regulamentação das competências constitucionais dentro dos limites nela estabelecidos. Produto dessa atribuição, surgem as competências legais – consubstanciadas nas constituições estaduais, nas leis federais e estaduais (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011). Tratando-se de competência legal, pode ser absoluta ou relativa, a depender das especificidades do direito processual e material tratado, bem como da vontade do legislador.

Nesse diapasão, fica ainda mais evidenciada a vinculação entre competência e o princípio do juiz natural, afinal é notório que a competência não é um mero ato de vontade, de discricção. Pelo contrário, a competência definida pela Constituição é insuscetível de transferência, enquanto a sua regulamentação somente pode ser feita pelas constituições dos estados membros, por lei federal ou estadual. Até mesmo as definidas como relativas, obrigatoriamente, dependem de prévia autorização legal.

Assim, temos que a Justiça Militar da União configura-se como o juízo natural para o processamento e julgamento dos civis, em tempo de paz, nos crimes militares definidos no art. 9º, inciso III, do Código Penal Militar, afinal o constituinte foi claro ao determinar a competência da Justiça Castrense – processar e julgar crimes militares definidos em lei –, estabelecendo o papel da legislação federal ordinária em delineá-la. Nesses termos, em vista do teor do artigo mencionado, reputa-se notório o enquadramento no princípio do juiz natural. Nessa senda, qualquer interpretação contrária atenta frontalmente com o princípio em tela, desconfigurando-o, seja para beneficiar um determinado grupo, seja para prejudicá-lo, acabando por lesionar a ordem jurídica, abrindo precedentes para justificar barbáries e lesionando a sociedade como um todo devido aos efeitos colaterais dela irradiados.

Por fim, salientamos que não observar o momento histórico e as razões que fizeram os pensadores idealizarem o princípio em quadro, não se atentar aos efeitos nocivos que o seu descumprimento gerou em diversas situações, em diferentes nações, ao longo da história, torna-nos fadados a repetirmos os erros passados. O tempo nos mostrou a importância da observância do men-

cionado princípio na salvaguarda dos preceitos fundamentais, dos quais se destaca a dignidade da pessoa humana, alicerce motriz de todas as democracias modernas, cabendo-nos protegê-los, mesmo que sob certos aspectos pareçam injustos, afinal a sua lesão, ainda que para defender certa causa aparentemente justificável, acaba por abrir as brechas no sistema, que podem ser utilizadas contra ele próprio.

4 CLÁUSULA GERAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O direito inglês e o norte-americano tiveram extrema relevância para a construção do princípio do devido processo legal, diferentemente da importância que tiveram na elaboração do princípio abordado no tópico anterior (princípio do juiz natural), considerando que, ao contrário da sistemática do direito romano-germânico, os países que possuem como base o direito anglo-saxão dão grande valia aos tribunais do júri, que, via de regra, decidem os litígios apreciados nessas nações, sejam eles da seara criminal, sejam cível, por isso o berço do princípio do juiz natural para o direito romano-germânico foi a Revolução Francesa.

Em que pese a importância da experiência do direito inglês e estadunidense para a construção e compreensão das garantias afetas à competência jurisdicional, a gênese da garantia do juiz natural na experiência do direito europeu continental – que influenciou de forma mais direta o ordenamento jurídico brasileiro – remete à Revolução Francesa. (MILANEZ, 2017)

Contudo, no que tange ao princípio em tela, as inovações hermenêuticas se deram mais intensamente nos países que têm suas origens no direito anglo-saxão, em especial na Inglaterra e nos Estados Unidos da América. Tais inovações foram incorporadas no sistema jurídico pátrio pela doutrina e jurisprudência moderna. Dessa forma é essencial a análise histórica à luz do sistema anglo-saxão, sob pena de se distanciar do sustentáculo fático das teses elaboradas.

Nesse sentido, justiça seja feita, a Magna Carta de 1215 foi a precursora de grandes revoluções no mundo jurídico e social, sendo o primeiro texto legal a

prever, implicitamente, os princípios do juiz natural e do devido processo legal. Interessante notar que os dois princípios são extraídos da leitura do art. 39:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país. (CANOTILHO, 2002)

Apesar de não contar com uma fórmula clara, “harmonia com a lei do país”, é evidente a ideia do devido processo legal na proteção das liberdades. O texto do mencionado artigo foi construído para se evitar que os indivíduos fossem privados do direito basilar à liberdade, compreendido tanto na esfera individual – liberdade de se locomover ou permanecer no local em que se deseja –, como patrimonial – a liberdade de usar, gozar, fruir e dispor de sua propriedade –, por mera discricionariedade de outrem.

Na época, a norma inserida no artigo era interpretada de maneira restritiva. Dois dos principais juristas ingleses, Coke e Blackstone, caminhavam no mesmo sentido, ao compreenderem que o processo, que iria da competência do juízo de acusação à sentença condenatória, deveria seguir estritamente as leis do país. A doutrina norte-americana moderna apelida essa fase de *process with small scope* (CANOTILHO, 2002).

A transição para o *process with large scope*, atualmente adotado, foi inaugurada com a Constituição dos Estados Unidos da América (CANOTILHO, 2002). Com a rica experiência constitucional norte-americana, o princípio em tela se desenvolveu mais intensamente, ganhando contornos mais amplos, sob a ótica não somente processual, mas também em uma vertente material ou substantiva. Sob essa segunda ótica, o devido processo legal é fundamento para o reconhecimento de diversos direitos e liberdades (*substantive due process*), servindo como uma verdadeira barreira para a intervenção arbitrária do Estado nas liberdades das pessoas e como garantia de que os direitos inerentes aos indivíduos serão cumpridos por intermédio de um processo proporcional e razoável. Dessa maneira, o princípio em tela não se presta somente para garantir

que o processo seguirá conforme estabelecido em lei (aspecto processual), mas constitui, ainda, o princípio que impede a intervenção abusiva do Estado nas liberdades das pessoas e garante a efetivação de direitos individuais e coletivos por meio de um processo proporcional e razoável (aspecto material).

Assim, o ilustre professor de Direito Constitucional da Universidade de Coimbra José Joaquim Gomes Canotilho leciona:

As respostas – sobretudo as da doutrina americana – reconduzem-se fundamentalmente a duas concepções de “processo devido” – a concepção processual e a concepção material ou substantiva. A teoria processual (*process oriented theory*), que poderíamos designar também por teoria do processo devido por qualificação legal, limita-se a dizer que uma pessoa “privada” dos seus direitos fundamentais da vida, liberdade e propriedade tem direito a exigir que essa privação seja feita segundo um processo especificado na lei. Consequentemente, o acento tônico deve colocar-se na observância ou não do processo criado por lei para aplicação de medidas privativas da vida, liberdade ou propriedade.

A teoria substantiva pretende justificar a ideia material de um processo justo, pois uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal, mas, sobretudo, a um processo legal, justo e adequado, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares. Essa última teoria é, como salienta a doutrina norte-americana, uma *value-oriented theory*, pois o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça. Mais do que isso: o “processo devido” começa por ser um processo justo logo no momento da criação normativo-legislativa. Os objectivos da exigência do processo devido não poderiam ser conseguidos se o legislador pudesse livre e voluntariamente converter qualquer processo em processo equitativo. Esta a razão pela qual os autores passaram a reclamar a necessidade de critérios materiais informadores do processo devido expressa ou implicitamente revelados pelas normas da Constituição e pelos usos e procedimentos estabelecidos no direito comum ou disposições “estatutárias”. Passou-se, assim, a falar-se de processo devido substantivo. O problema nuclear da exigência de um *due process* não estaria tanto – ou pelo menos não exclusivamente – no procedimento legal mediante o qual alguém é declarado culpado e castigado (“privado da vida, da liberdade e da propriedade”) por haver violado a lei, mas sim no facto de a lei poder ela própria transportar a “injustiça” privando uma pessoa de direitos fundamentais. (CANOTILHO, 2002)

Nessa seara, o devido processo legal não exige somente a adequação aos procedimentos estabelecidos em lei, mas, para além, exige a observância dos meios para atingir o fim naturalístico desejado, que consiste em propiciar o exercício da função jurisdicional da melhor forma possível, permitindo que o Estado, fazendo-se presente na figura do magistrado, substitua os interesses conflitantes das partes, de forma imparcial, buscando pacificar o litígio existente, por meio da aplicação do direito objetivo. Para atender a um dos elementos essenciais da função jurisdicional, consistente na busca de se pacificar o conflito de interesses, isto é, nos termos do Dicionário Michaelis, na tentativa de “restituir a paz, voltar à paz, apaziguar, tranquilizar” (PACIFICAR..., 2018), que, para a doutrina medieval, traduz-se na noção de “justiça”, é necessário que o processo seja razoável e proporcional. Afinal, se o processo não gozar desses dois elementos (razoabilidade e proporcionalidade), mesmo presentes os requisitos procedimentais definidos em lei, haverá a indignação de um dos polos, a sensação de impunidade por parte de outro, dentre outras comoções, mas todas se interligando em um ponto de contato: a descrença no Judiciário e, conseqüentemente, no próprio Estado.

Da mesma maneira, para atender a outro elemento essencial da função jurisdicional, que consiste na aplicação do direito objetivo, também se faz necessário que o processo seja razoável e proporcional, uma vez que não adianta ter uma Constituição e leis que assegurem os direitos inerentes aos indivíduos sem que haja um processo eficiente capaz de colocá-los em prática. Por isso o princípio do devido processo legal está intrinsecamente associado ao princípio basilar de qualquer estado democrático de direito, que é a dignidade da pessoa humana. Sem um processo capaz de salvaguardar os direitos fundamentais dos indivíduos, esses direitos não passarão de meras ideologias platônicas, ou seja, inatingíveis, que ficarão pairando sobre a realidade degradante.

Dessa forma, o princípio em quadro não é somente direcionado ao magistrado, mas ao legislador, que obrigatoriamente deve observá-lo no exercício de sua função típica, elaborando leis que regulem os processos de forma razoável e proporcional, aptas a levar à pacificação social, salvaguardando os direitos fundamentais inerentes aos indivíduos.

Nessa perspectiva, o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o qual dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, positiva o princípio em tela, sendo, portanto, considerado pela doutrina autorizada, inspirada na experiência alemã, como cláusula geral.

Quando se inclui determinado princípio geral no direito positivo do País (Constituição, Leis etc.), deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação e passa a caracterizar-se como cláusula geral. (NERY JUNIOR; NERY, 2011)

As cláusulas gerais (*generalklauseln*) são compreendidas, nas lições de Franz Wieacker, citado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, como “normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir” (WIEACKER apud NERY JUNIOR; NERY, 2011). Logo, são normas de caráter genérico e abstrato de cunho obrigatório, que permitem ao aplicador do direito um poder alargado de cumprir com a finalidade dessas, conforme nos ensina Cláudio Luzzati, citado por Judith Martins-Costa (1998).

A função do mencionado instituto é flexibilizar a Constituição e as leis, mitigando a rigidez das normas casuísticas, abrangendo os casos que outrora eram marginalizados, devido à impossibilidade de o legislador prever todos os litígios que possam vir a surgir. Na mesma linha, permite que as inovações trazidas pelas transformações sociais sejam mais rapidamente abarcadas pelo direito.

O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuismo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e “provisoriamente” dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais. (ENGISCH, 2004)

O legislador conseguiu afastar-se noutros casos, de forma mais feliz, da tormentosa escolha entre uma abstração empobrecedora e uma casuística acanhada através das chamadas cláusulas gerais,

isto é, através de linhas de orientação, que, dirigidas ao juiz, o vinculam e, ao mesmo tempo, lhe dão liberdade. (WIACKER)

Em um olhar desatento, os juristas podem entender que as cláusulas gerais são sinônimas ou subespécies dos princípios gerais do direito, contudo são dois institutos distintos. Apesar de terem inúmeros aspectos em comum, principalmente quanto à essência – ambos são diretrizes de caráter abstrato e genérico –, somado-se ao fato de que a maioria das cláusulas gerais, inseridas no ordenamento jurídico nacional, nasceram e se desenvolveram como princípios gerais do direito, assim, estando contidos por elas, a exemplo da cláusula em tela, os institutos são distintos, pois os princípios gerais do direito são regras que auxiliam o magistrado na interpretação da norma positivada, sendo uma fonte formal mediata. Por sua vez, as cláusulas gerais, por si próprias, são normas positivadas, sobre as quais o magistrado deve-se debruçar, imergindo nas regras extrajurídicas que as norteiam, para encontrar a solução para o litígio posto – o juiz não irá utilizá-las para entender os sentidos de outra norma, empregando-as de forma secundária, mas, pelo contrário, irá aprofundar-se em seus estudos para aplicá-las por si mesmas –, sendo fonte formal imediata, dotadas de grande valia.

Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar pontualmente a hipótese e as suas consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiras ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção desses princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas. (MARTINS-COSTA, 1998)

Tratando da diferenciação entre princípios gerais do direito e cláusulas gerais, há as lições de Judith Martins-Costa, citada por Leonardo Estevam de Assis Zanini:

- a) não se pode pensar em “cláusula geral inexpressa”. Constituindo uma técnica legislativa, não há o que falar em sua “implicitude”. Ou estão formuladas na lei ou não estão. Portanto, um dos dois setores em que se divide a classificação dos princípios acima aludida, qual seja a que distingue entre os princípios inexpressos e os expressos, resta completamente afastado da possibilidade de sinonímia ou equiparação às cláusulas gerais;
- b) considerando o setor que resta, vale dizer, o dos princípios expressos, nem aí se justifica a equiparação. É que não se pode pensar em cláusula geral que não promova o reenvio, seja a outros espaços do próprio ordenamento, seja a standards, jurídicos ou ainda extrajurídicos, ou a valores, sistemáticos ou extra sistemáticos, podendo-se apontar, contudo, como acima se aludiu, a um considerável quadro de princípios que não contém conceitos dotados de vagueza (semântica) socialmente típica, e que, portanto, não promovem o mencionado reenvio;
- c) têm-se, então, no campo residual, os princípios expressos que referenciam valores e que se traduzem em linguagem dotada de alto grau de vagueza semântica, tal como “boa-fé”, “correção”, “moralidade pública”, “razoabilidade” etc. Mesmo aí é indevida a equiparação. O que se poderá dizer é que aí se trata de uma cláusula geral que contém um princípio, embora possa haver outras que nem de longe contém princípios, apenas reenviando a outros estatutos, como é o caso do art. 7º do CDC. (MARTINS-COSTA apud ZANINI, 2008)

As cláusulas gerais, nos diplomas infraconstitucionais, possuem grande destaque, em vista das características acima descritas. No entanto, quando compreendidas na Constituição Federal, essas normas ganham uma relevância imensurável, sendo aptas a afastar quaisquer normas infraconstitucionais que forem incompatíveis com elas, bem como limitam o poder do legislador, dos chefes do poder executivo e dos magistrados, sendo consideradas verdadeiros alicerces dorsais da República Federativa do Brasil.

Na oportunidade, registre-se que, como normas de ordem pública, elas devem ser aplicadas de ofício pelo juiz e pelo administrador público, sob pena de nulidade absoluta dos atos praticados. Na hipótese da inobservância advir do legislador, quanto a uma cláusula geral constitucional, a lei será considerada inconstitucional, devendo ser afastada pelo juiz ou administrador público instado a aplicá-la.

Considerando o caráter jurídico (cláusula geral) do devido processo legal e, por conseguinte, toda a carga conceitual que traz, este último não deve ser entendido como uma mera exigência da adequação do processo com a lei, mas como a garantia de um processo razoável e proporcional capaz de salvaguardar os direitos basilares inerentes a todos os indivíduos, assim devendo ser analisado sob as duas óticas, a processual e a substancial.

À luz desse segundo enfoque, temos que o processo deve ser proporcional – compreendido na necessidade de haver adequação entre o meio e o fim almejado, não empregando excessos, arbitrariedades, injustiças... – e razoável – enquadrando-se na razão, na lógica.

Nessa linha, acerca da proporcionalidade, ensina-nos Wilson Antônio Steinmetz, citado por Murilo Campos:

O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não excessiva, não arbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional. (STEINMETZ apud CAMPOS, 2018)

Oportunamente, cabe destacar que José dos Santos Carvalho Filho foi além: empregando a doutrina alemã, segmentou a proporcionalidade em três requisitos. Assim, para o mencionado autor, para ser proporcional o processo deve ter adequação – o meio deve ser compatível com o fim –; exigibilidade – o meio empregado deverá ser necessariamente o menos oneroso; – e proporcionalidade em sentido estrito – as vantagens devem superar as desvantagens.

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: (1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; (2) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; (3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens. (CARVALHO FILHO, 2015)

Transportando as lições do douto professor ao julgamento de civis perante a Justiça Militar da União, nota-se que o meio previsto na legislação não é o adequado, pois é evidente a incompatibilidade de civis serem julgados por um órgão composto por militares. A composição plúrima dos Conselhos de Justiça se justifica para o julgamento de militares, em vista das peculiaridades do dever legal a que eles estão submetidos e pelas bases que norteiam a organização militar: hierarquia e disciplina. No entanto, diferentemente dos militares, os civis não partilham das vivências na caserna, não são submetidos à égide dos princípios da hierarquia e disciplina, não comungam dos deveres institucionais, não recebem os mesmos treinamentos, não compartilham das mesmas situações cotidianas, conseqüentemente, os motivos que levam a essencialidade da presença de militares nos julgamentos de militares os afastam do julgamento dos civis.

Na mesma linha, é notório que o procedimento previsto em lei é extremamente mais oneroso, seja para a parte, que terá que justificar seus atos para militares que estão inseridos em um ambiente altamente rígido quanto aos comportamentos; seja para os próprios militares, que terão que parar com as suas atividades habituais, deslocar-se até a auditoria, para julgar um indivíduo que não comunga dos mesmos princípios e virtudes deles; seja para o próprio tribunal, que arcará com o deslocamento dos militares e outras custas mais, logo, não se cumpre o princípio da exigibilidade.

Ademais, não se observa o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, afinal, como largamente abordado no decorrer deste trabalho, as desvantagens são superiores às vantagens.

Assim, à luz da proporcionalidade, oriunda da cláusula geral do devido processo legal, em sua vertente substancial, é essencial afastar os militares do processamento e julgamento de civis. Desta conclusão extraímos que o juiz-auditor, ao receber a denúncia, não deverá convocar o Conselho de Justiça, passando a julgar singularmente a lide.

O juiz-auditor, assim como os demais juízes togados, é bacharel em direito, aprovado em concurso de provas e títulos, desse modo é indubitável a sua capacidade de presidir os processos em que figure no polo passivo um civil.

Essa capacidade se mostra ainda mais ventilada se partirmos da noção de que a Justiça Castrense é eminentemente penal. Nesse contexto, as provas elaboradas para o ingresso dos magistrados dão um enfoque especial às matérias penais, diferentemente dos concursos da magistratura federal e estadual comum, que abordam uma ampla gama de matérias em vista das diversas áreas para as quais o magistrado pode ser convocado a atuar. Com isso, o juiz aprovado no concurso para a magistratura militar tem que dominar mais intensamente as matérias penais, o que lhes fornece maior expertise para atuar nos litígios penais em geral. Nessa senda, não se pode olvidar que o juiz-auditor é especialmente qualificado para presidir as causas penais envolvendo civis.

Quanto à razoabilidade, ensina-nos o douto professor Fábio Corrêa Souza de Oliveira, citado por Murilo Campos:

O razoável é conforme a razão, racional. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnados em dada comunidade. (OLIVEIRA apud CAMPOS, 2018)

Igualmente, vislumbra-se a lesão à razoabilidade, pois não é lógico, racional e equilibrado permitir que um militar julgue um civil, que não comunga das mesmas virtudes e vivências dele. Portanto, para dar cumprimento à mencionada cláusula geral, é necessário afastar os militares do julgamento de civis. Pugna-se que a razão nos leva a tomar a mesma interpretação feita anteriormente, no sentido de considerar que o civil deve ser julgado singularmente pelo juiz-auditor.

Ante ao apresentado, reputa-se evidente que o juiz-auditor, no momento em que receber uma denúncia contra civil, está adstrito a aplicar de imediato o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, ou seja, a cláusula geral do devido processo legal, não convocando o Conselho de Justiça, passando a julgar a lide singularmente.

5 CONCLUSÃO

Analisando historicamente as disposições constitucionais acerca da competência da Justiça Militar da União, vislumbra-se que desde o momento em que passou a integrar o Poder Judiciário, foi-lhe atribuída a competência de julgar civis em determinados crimes. Ressalta-se que os crimes contra as instituições militares cometidos por civis, há mais de oitenta anos – a contar da entrada em vigor da Constituição de 1934, que incluiu a Justiça Castrense no Poder Judiciário e lhe incumbiu de julgar os civis, em tempo de paz, nos crimes contra a segurança externa e as instituições militares –, são processados e julgados pela Justiça Militar da União.

Da mencionada análise, também se extrai que o Constituinte Originário, Derivado Revisor e Reformador, apesar de ser instado inúmeras vezes acerca da questão em tela, manteve o posicionamento histórico, não retirando da Justiça Militar da União a competência de processar e julgar civis.

Quando analisamos a questão à luz do princípio do juiz natural, não restam dúvidas de que não se pode alterar por decisão judicial ou ato administrativo a competência da Justiça Militar da União em processar e julgar civis, em tempo de paz, nos crimes contra as instituições militares, previstos na norma do art. 9º, inciso III, do Código Penal Militar, sob pena de atentar frontalmente a Constituição Federal, abrindo perigosos precedentes.

Contudo, quando da análise da questão pela cláusula geral do devido processo legal, no seu viés material ou substancial, não se pode ignorar que há uma incompatibilidade no processamento e julgamento de civis por militares, a qual obrigatoriamente deve ser solucionada. Dessa forma, a solução encontrada, lastreada na mencionada cláusula geral, consiste em transferir o processamento e julgamento da lide ao juiz-auditor.

Nesse diapasão, a transferência do processamento e julgamento dos civis pelo cometimento dos crimes elencados na norma do art. 9º, inciso III, do Código Penal Militar, ao juiz-auditor, cumpre com a cláusula geral do devido processo legal, e se mostra proporcional – adequada, exigível e proporcional em sentido estrito –, bem como razoável, ao mesmo tempo que obedece ao

princípio do juiz natural, pois mantém a competência conforme os ditames constitucionais e a legislação ordinária, e, por fim, é plenamente compatível com histórico constitucional.

Esta também é a solução exarada por Luiz Octavio Rabelo Neto, Juiz-Auditor Substituto da Justiça Militar da União, vejamos:

Contudo, foi possível destacar, também, que a legislação objeto de trabalho da JMU está desatualizada, muitas vezes em contradição com a Constituição e com a Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como com a jurisprudência da Corte IDH, revelando o dever do Estado brasileiro de adequar seu direito interno a esses ditames.

Nesse sentido, urge reconhecer que, embora a JMU tenha competência para o julgamento de civis, é inconstitucional e inconveniente a participação de militares da ativa nesse julgamento, sob pena de afronta às garantias do juiz natural, da independência e da imparcialidade objetiva, de forma que é preciso concluir que o julgamento deve ser atribuído monocraticamente ao juiz civil e concursado que integra atualmente os Conselhos de Justiça. (RABELO NETO, 2016)

O entendimento de Luiz Felipe Carvalho Silva, Promotor de Justiça Militar, é o mesmo:

Deste modo, à guisa de concluirmos, concebemos por oportuno estertorar em favor da Justiça Militar da União, no tocante à sua competência para o julgamento de civis. Acreditamos que os eflúvios que emanam contra a albergada competência não conseguem enxergar, com realidade, o respeito ao Estado Democrático de Direito, à imparcialidade e ao princípio do juiz natural, como corolários lógicos de uma Justiça que encontra assento no quadro do Poder Judiciário, com competências constitucionalmente definidas e regidas por meio de lei. Propomos, entretanto, uma solução, que em muito se distancia da extinção da Justiça Militar da União, ou da extinção de suas competências. Entendemos que o civil deva ser julgado pela Justiça Castrense, porém, com a mitigação do princípio do escabinato, por intermédio de um Juiz Monocrático – o Juiz-auditor (togado). Compreendemos que esse expediente seja o mais adequado dentre todas as propostas que procuram remediar a presente celeuma. (SILVA, 2014)

De igual forma pronunciou-se a Excelentíssima Senhora Ministra do Superior Tribunal Militar Maria Elizabeth Rocha, em uma entrevista concedida à imprensa do Egrégio Tribunal, na ocasião do X Encontro de Magistrados da Justiça Militar da União, cuja principal temática debatida foi justamente a competência da Justiça Militar Federal em julgar civis (ROCHA, 2018).

Como uma peça de quebra-cabeça, essa é a solução que se enquadra perfeitamente ao quadro como um todo, analisado na perspectiva dos princípios gerais, das cláusulas gerais constitucionais, das normas infraconstitucionais, do sistema jurídico e da ciência do direito.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Murilo. Os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade e o Processo Administrativo Disciplinar. *Periódicos Jurídicos*: Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, v. 23, n. 1, p.1-5, jan-jul. 2011. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/544/358>>. Acesso em: 23 out. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSTITUINTES rejeitam Conselho Nacional de Justiça. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 08 abr. 1988. p. A7. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/108597/1988_01%20a%2009%20de%20Abril_141.pdf?sequence=3. Acesso em: 6 mar. 2019.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 9. ed. Tradução de: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ITALIA. Constituição (1947). *Constituição da República Italiana: Costituzione Italiana* edizione in lingua portoghese. Roma: Senato della Repubblica, 2018.

JUNQUEIRA, Eduardo; KORNIS, Mônica. Superior Tribunal Militar (STM). FGV CPDOC. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/superior-tribunal-militar-stm>. Acesso em: 17 jun. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 139, p.05-22, jul./set. 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. *O princípio do juiz natural no processo de execução penal*. 2017. 294 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PACIFICAR. In: *DICIONÁRIO Brasileiro de Língua Portuguesa*. Editora Melhoramento, 2018. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portuguesbrasileiro/pacificar/>. Acesso em: 01 ago. 2018.

RABELO NETO, Luiz Octavio. Competência da Justiça Militar da União para julgamento de civis: compatibilidade constitucional e com o sistema interamericano de proteção de direitos humanos. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, Brasília, v. 25, n. 2, p. 53-137, 1º sem. 2016.

REVOLUÇÃO Francesa. Direção: Doug Shultz. The History Channel, 2005. 2 DVDs (133 min), son., color.

ROCHA, Maria Elizabeth. *Competência da Justiça Militar para julgar civis é constitucional, diz ministra em Encontro*. Superior Tribunal Militar, 21 mai. 2014. Online. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZXOMTOjnbU>. Acesso em: 31 jul. 2018.

SILVA, Luiz Felipe Carvalho. Uma perspectiva atual da competência da Justiça Militar da União para o julgamento de civis. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, v. 39, n. 24, p.161-188, nov. 2014.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Tradução de: A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do Direito Civil e as cláusulas gerais. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 10/11, p.36-52, out./nov. 2008.

Crimes militares no âmbito da Operação Carro-pipa: alguns casos e reflexões

Lúcio Gonçalves Brasil Neto

Advogado, Pós-graduado em Ciências Criminais.

Com experiência na área de licitações e contratação pública

RESUMO: Este artigo tem o objetivo de apresentar de forma sucinta, alguns casos de fraude ao Programa Emergencial de Distribuição de Água Potável no semiárido brasileiro, denominado Operação Carro-Pipa, ação do governo federal realizada pela Secretaria Nacional de Defesa Civil (Sedec), ligada ao Ministério da Integração Nacional em parceria com o Ministério da Defesa/Exército Brasileiro. Esse programa visa auxiliar a realização de ações complementares de apoio às atividades de distribuição de água potável às populações atingidas pela seca. Ao final deste trabalho, espera-se oportunizar algumas noções jurídicas aos órgãos executores e fiscalizadores da Operação, a fim de contextualizar as ações legais que possam a vir ser adotadas no sentido de otimizar uma rotina de controle interno com o objetivo de se prevenir fraudes, bem como, legitimar possíveis prisões de civis por prática de crime militar.

PALAVRAS-CHAVE: Crime Militar. Operação Carro-Pipa. Justiça Militar. Competência.

ENGLISH

TITLE: Military crimes in ambit of “Water Truck Operation”: some cases and reflections.

ABSTRACT: This paper aims at presenting succinctly some cases of fraud to the emergency program for the distribution of drinking water in the Brazilian semi-arid region, called “Water Truck Operation”, a Federal Government action promoted by the National Secretariat of Civil Defense (Sedec), linked to the Ministry of National Integration, in partnership with the Ministry of Defense /Brazilian Army. This program aims to assist in the implementation of complementary actions to support the distribution of drinking water to populations affected by drought. At the end of this work, it is hoped to provide some legal concepts to the executing agencies and inspectors of the Operation, in order to contextualize the legal actions that may be adopted in order to optimize an internal control routine in order to prevent fraud, as well as legitimize possible arrests of civilians for the practice of military crime.

KEYWORDS: Military Crimes. Water Truck Operation. Military Justice. Competence.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A Operação Carro-pipa – 3 Do monitoramento eletrônico dos caminhões carros-pipa – 4 Do *modus operandi* dos criminosos – 5 Dos tipos penais infringidos – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, no estado do Ceará, se tem registrado ocorrências policiais¹ envolvendo flagrantes de esquema fraudulento contra a Operação Carro-Pipa, com condutas praticadas por donos de caminhão (carro-pipa),

¹ LIMA, João. *Fraudes nas rotas do Operação Carro-Pipa continuam ocorrendo no interior do Ceará*. Diário Sertão Central, Maciço do Baturité, 14 jun. 2017. Disponível em: <https://glo.bo/2WuOJu0>. Acesso em: 31 jan. 2019; ; e Motorista de carro-pipa despeja água em vez de entregar à população no CE. *G1 Ceará*, Fortaleza, 5 jan. 2017. Disponível em: <https://glo.bo/2DOEDwL>. Acesso em: 31 jan. 2019.

prestadores de serviços de transporte de água potável, conhecidos como *pipeiros*, e algumas vezes agindo em conluio com terceiros.

As fraudes constatadas, de modo amplo, têm consistido em burlar a fiscalização do Exército Brasileiro, responsável pela execução dessa Operação, bem como a execução do contrato administrativo de prestação de serviços de distribuição de água potável para pessoas beneficiárias, que fora celebrado entre o Pipeiro e a União, por intermédio do Exército Brasileiro.

Com tais ocorrências de fraude à execução contratual, conforme se observam em algumas descritas a seguir, é natural que surja a preocupação por parte das Organizações Militares Executoras (OME's) da referida Operação, no sentido de prevenir e combater tais condutas criminosas, uma vez que recai sobre o Exército Brasileiro, segundo a Portaria Interministerial nº 1/MI/MD, de 25 de julho de 2012, a função de “realizar vistoria e fiscalização das condições dos carros-pipa contratados, da quantidade de água distribuída, das distâncias percorridas e da execução dos Planos de Trabalho dos pipeiros”.

Em que pese ser uma ação do governo federal (a época, o Ministério da Integração Nacional), pelo fato do acompanhamento da execução e fiscalização da prestação dos serviços ficar sob responsabilidade de uma instituição militar, no caso, o Exército Brasileiro, qualquer ocorrência criminosa em torno da contratação ou execução do seu objeto fim, que é a entrega d'água, atinge bens jurídicos tutelados pelo Código Penal Militar (CPM), tendo em vista que o pipeiro celebra Contrato Administrativo, para prestação de serviços públicos de distribuição de água a famílias que sofrem com essa escassez.

Nesse contexto, portanto, se pode elencar que os bens jurídicos a serem protegidos são os constantes no Art. 9º, inciso III, alínea “a”, do Código Penal Militar – CPM (Decreto – Lei nº. 1001, de 21 de outubro de 1969), que são o Patrimônio sob a Administração Militar e a Ordem Administrativa Militar. Vejamos:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

[...]

III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como

tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar.

Assim, se legitima que há indícios de cometimento de crime militar por parte do condutor do veículo preso em flagrante, bem como da pessoa que fora contratada pela Organização Militar, nas condutas fraudulentas identificadas, tendo o trâmite da Ação Penal na Justiça Militar da União.

Mas o que se pretende aqui, de forma breve, é o estudo do *modus operandi* das condutas criminosas dos prestadores de serviços que foram presos fraudando a execução da operação, tendo por base os casos que foram noticiados pela imprensa do Estado do Ceará. No entanto, tenho a consciência, claro, de não se chegar nem próximo ao esgotamento do assunto.

Pretende-se como resultado deste pequeno trabalho dar subsidiar jurídicos para os profissionais do direito e autoridades policiais judiciárias que venham a lidar com ocorrências de crimes ocorridos no âmbito da Operação Carro-Pipa, seja com a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante (APF) ou Inquérito Policial, seja com a condução da Ação Penal, com um discurso em defesa do enquadramento das condutas criminosas como sendo de natureza penal militar.

2 A OPERAÇÃO CARRO-PIPA

Em sentido amplo, essa ação do governo federal tem caráter humanitário e se desenvolve no semiárido nordestino brasileiro, para auxiliar a população castigada pela seca.

Operacionalmente, trata-se de um programa realizado pela Secretaria Nacional de Defesa Civil (Sedec), ligada ao Ministério da Integração Nacional em parceria com o Ministério da Defesa/Exército Brasileiro.

A Operação Carro-Pipa é desenvolvida por meio da cooperação técnica e financeira entre os Ministérios da Integração Nacional e o da Defesa. Em sintonia histórica, se observa que a execução do programa, incluindo a contratação,

fiscalização e pagamento dos proprietários de caminhão carro-pipa (prestadores de serviços de entrega de água, popularmente conhecidos como “pipeiros”), é realizada pelo Exército Brasileiro, com supervisão do Ministério da Integração. O escopo da Operação, segundo o próprio governo federal é:

É atender a população com a distribuição de água potável nas localidades castigadas por períodos de seca ou estiagem nas regiões do semiárido nordestino e norte de Minas Gerais. A Operação Carro-Pipa é um complemento das ações de abastecimento de água a cargo dos estados e municípios.²

Apesar dos recursos orçamentários serem, em princípio, originários do Ministério da Integração Nacional, eles ficam sob a administração do Comando do Exército em caráter extraordinário, ficando seu emprego a cargo dessa força militar. Nesse sentido, se constrói a ideia de patrimônio sob a Administração Militar, que nos será útil para fundamentação de que se trata de um contexto operacional em que há um bem jurídico que precisa ser protegido pelo Direito Penal Militar. Na prática, o Exército Brasileiro responsabiliza-se pela contratação, prestação de contas, pagamento e fiscalização da execução da Operação Carro-Pipa.

Todo esse mecanismo, apesar de ser aqui descrito sucintamente, envolve, na verdade, um capital humano militar das Forças Armadas considerável, chegando, muitas vezes a interferir na gestão administrativa da Unidade Militar, uma vez que militares são deslocados de suas funções rotineiras da caserna, a fim de dedicarem-se ao acompanhamento da execução da referida Operação.

A atuação do Exército Brasileiro nessa Operação encontra respaldo constitucional na Carta Magna de 1988, bem como suprallegal, senão vejamos:

Constituição Federal de 1988:

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

² BRASIL. Operação Carro-Pipa investe R\$ 180 mi para atender população atingida pela seca no Semiárido e em Minas. Governo do Brasil, Brasília, DF, 18 out. 2011. Disponível em: <https://bit.ly/2MIpVdB>. Acesso em: 31 jan. 2019.

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. § 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

[...]

Lei Complementar nº. 97/1999:

Art. 16. Cabe às Forças Armadas, como atribuição subsidiária geral, cooperar com o desenvolvimento nacional e a defesa civil, na forma determinada pelo Presidente da República. (grifo nosso).

A Portaria Interministerial nº 1, de 25.07.2012, posteriormente alterada pela Portaria interministerial nº 2, de 27.03.2015, regula:

A mútua cooperação técnica e financeira entre os Ministérios da Integração Nacional e da Defesa para a realização de ações complementares de apoio às atividades de distribuição de água potável às populações atingidas por estiagem e seca na região do semiárido nordestino e região norte dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, denominada Operação Carro-Pipa” (BRASIL, 2012).

Nessas Portarias são descritas as atribuições e responsabilidades dos entes envolvidos. Como a que importa aqui é a competência do Exército Brasileiro, então vejamos a parte que interessa:

Art. 6º – São atribuições do Ministério da Defesa, por intermédio do Comando do Exército:

I – receber da Sedec as indicações de Municípios, avaliar as possibilidades de atendimento e informar àquela Secretaria quais Municípios serão atendidos pelo Comando do Exército;

II – realizar o planejamento para a distribuição emergencial de água potável aos Municípios indicados pela Sedec;

III – manter cadastro atualizado dos Municípios que deverão ser incluídos, suspensos e excluídos;

IV – prestar contas à Sedec dos recursos utilizados;

V – disponibilizar o acesso aos Sistemas de Gestão e Controle da Operação e bancos de dados da Operação à Sedec, por meio da rede mundial de computadores (Internet);

VI – operar e manter atualizado o Programa de Gestão e Controle de Distribuição de Água (GCDA), permitindo o acesso de qualquer órgão, via rede mundial de computadores (Internet), para fins de acompanhamento e emissão de relatórios gerenciais em tempo real;

VII – realizar vistoria e fiscalização das condições dos carros-pipa contratados, da quantidade de água distribuída, das distâncias percorridas e da execução dos Planos de Trabalho dos pipeiros;

VIII – adquirir equipamentos, softwares e materiais necessários à realização da Operação, devidamente especificados no Plano de Trabalho aprovado, com recursos descentralizados pela Sedec;

IX – manter cadastro atualizado dos mananciais, do quantitativo de pessoas atendidas por localidade e dos locais para o abastecimento;

X – contratar pipeiros e outros serviços terceirizados de mão de obra, necessários para a Operação, com recursos descentralizados pela Sedec;

XI – elaborar relatórios e Planos de Trabalho;

XII – apurar denúncias de irregularidades;

XIII – manter e capacitar recursos humanos necessários à execução das ações da Operação;

XIV – emitir parecer sobre inclusão, suspensão e exclusão de Municípios, quando solicitado pela Sedec;

XV – informar à Sedec a existência de irregularidades e de quaisquer eventos que dificultem ou interrompam o curso normal da execução da Operação;

XVI – fornecer à Sedec informações referentes à Operação;

XVII – monitorar e fiscalizar o rastreamento dos carros-pipa por meio de GPS e enviar os dados ao MI, conforme especificações definidas pela Sedec. (grifo nosso)

Vê-se, portanto, o quão importante é o papel do Exército Brasileiro, sem mencionar também, o quanto é complexa e séria a sua participação, que visa atingir o resultado final e principal da Operação, qual seja, efetivar a chegada da água à população necessitada.

Não resta dúvida que os recursos orçamentários sob o manuseio militar, bem como o conjunto de complexas atribuições incumbidas ao Exército Brasileiro, sendo reconhecida notoriamente a contribuição dessa instituição

militar federal no resultado final da Operação Carro-Pipa, configuram-se como patrimônio financeiro/orçamentário e humano (*expertise*), sob a administração militar.

3 DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO DOS CAMINHÕES CARROS-PIPA

A União, por intermédio do Ministério da Integração Nacional (MI), contratou serviços de monitoramento eletrônico dos veículos do tipo caminhões carros-pipa, por meio de implantação e fornecimento de uma solução tecnológica para registro das informações históricas de posicionamento dos veículos (deslocamento, coleta da água no manancial e registro das entregas realizadas à população beneficiada).

Na prática, a empresa que foi contratada para prestar tais serviços de tecnologia da informação, instala um equipamento eletrônico chamado de Módulo Embarcado de Monitoramento (MEM) em cada carro-pipa que fora credenciado e contratado pelo Exército Brasileiro, cujo fim é registrar o deslocamento desses veículos (rastreamento), como para confirmar a entrega da água aos beneficiários, que sofrem com a escassez de água. Resumindo, é um mecanismo de controle que ajuda o Exército Brasileiro na futura prestação de contas à véspera do pagamento, comprovando assim a efetiva entrega da água.

A sistemática de atestação de que o pipeiro realmente se deslocou pela rota preestabelecida, de que realmente abasteceu no manancial cadastrado e posteriormente entregando a água nos destinos, é realizada por meio da leitura de cartões plásticos possuidores de eletro frequência, que serão entregues às pessoas responsáveis pelo atesto da entrega da água, geralmente o próprio beneficiário da água, ou alguém respeitado perante a comunidade abastecida.

Com essa sistemática, se almeja assegurar o recebimento da água pela população beneficiada, rastrear os veículos agregados na Operação, automatizar a geração de dados e a fiscalização dos motoristas e implantar sistema de informações que controle o transporte e a entrega, em tempo real.

Existe uma infraestrutura de tecnologia de informação com sistema em ambiente WEB para acesso por parte dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil, tendo o Exército Brasileiro como principal usuário.

Conforme mencionado no Relatório de Auditoria do TCU (TC 043.346/2012-0 - ACÓRDÃO Nº 1722/2013 – TCU – Plenário), essa tecnologia da informação possui, entre outras, as seguintes funcionalidades:

- a) cadastrar a população beneficiária, os apontadores e respectivos cartões magnéticos, os pontos de captação (mananciais cadastrados), localidades para entrega de água, e os veículos utilizados pela Operação;
- b) cadastrar os MEM, e possibilitar acesso do seu estado de funcionamento em tempo real e historicamente;
- c) emitir relatórios das confirmações das entregas de água;
- d) visualizar os veículos cadastrados em mapas ou fotos georeferenciadas, inclusive com apresentação gráfica de rota percorrida e emissão de relatório de rastreamento por carro-pipa (distância percorrida, tempo parado, histórico de posições, referenciais e resumo de viagem, etc.);
- e) averiguar discrepâncias na operação e gerar alertas para fiscalização com possibilidade de calibragem de limites de desvio de rota cadastrada; de tempo de coleta no manancial e de tempo de distribuição; de abastecimento em mananciais não cadastrados (tempo parado próximo a manancial não autorizado); de distribuição em pontos de abastecimento não cadastrados, dentre outros;
- f) permitir a criação de áreas por onde o veículo pode trafegar, emitindo alertas de saída ou entrada nessas áreas.

A transmissão de dados entre os equipamentos instalados nos caminhões e a base da empresa que os instalou será via GSM/GPRS/EDGE (telefonia) e ocorre sob sua responsabilidade operacional e financeira.

4 DO *MODUS OPERANDI* DOS CRIMINOSOS

Antes de se adentrar nas circunstâncias em que foram encontrados alguns dos presos em flagrante fraudando a execução da Operação Carro-Pipa, necessário se faz entender um pouco sobre o procedimento de contratação do pipeiro.

O pipeiro (prestador de serviço) é contratado pelo Exército Brasileiro, mediante procedimento de Inexigibilidade de Licitação (Art. 25 da Lei 8.666/93), cujo objeto do contrato é a prestação de serviços de coleta, transporte e distribuição de água no contexto do Programa Emergencial de Distribuição de Água Potável no semiárido brasileiro (Operação Carro-Pipa). Seu principal instrumento de trabalho é um caminhão com um tanque-reservatório acoplado ao chassi, com a finalidade de transportar a água potável, objeto da contratação.

A execução do contrato consiste em o pipeiro coletar a água num manancial – geralmente um açude (manancial), indicado pela prefeitura do município – e transportar a água no seu caminhão até a casa da pessoa beneficiária que necessita da água. A lista de pessoas beneficiárias é indicada pela própria municipalidade.

Entre os equipamentos obrigatórios que o caminhão-pipa deve possuir, como condição para execução do contrato, é um módulo rastreador, como já supracitado no item nº 3, equipamento este que busca transmitir em tempo real (rastreamento), o trajeto realizado por aquele veículo. Esse monitoramento eletrônico é efetuado por meio de tecnologia GPRS, formada pela rede de telefonia celular, cujos sinais são captados através das torres das operadoras.

O Exército Brasileiro, quando da prestação de contas dos serviços de entrega de água executados pelo pipeiro, vale-se da consulta a esse sistema de monitoramento, a fim de fazer prova se ele realmente executou os serviços aos quais fora contratado, tanto quanto aos aspectos quantitativos quanto aos qualitativos. Resumidamente, tal sistema de rastreamento ajuda a Administração Pública Militar a averiguar se realmente a água foi entregue na casa do beneficiário necessitado.

Portanto, nesse contexto, resumidamente, cabe ao Exército Brasileiro a contratação dos pipeiros, a fiscalização da execução da prestação dos serviços

e posterior pagamento dos prestadores de serviço (os pipeiros). Diante de todo esse procedimento, outro entendimento não se pode ter, senão, o de defender que a fraude que venha a acontecer no âmbito dessa Operação seja efetivamente tipificada como Crime Militar, nos termos do Art. 9º, III, “a”, do Código Penal Militar.

Tomando por base as notícias de jornais supracitadas na introdução sobre prisões de pipeiros ou de terceiros em coautoria, observa-se que a execução contratual tem sido burlada com várias práticas fraudulentas, entre elas, têm-se noticiados os seguintes flagrantes:

a) alguns prestadores de serviço foram presos transportando em um automóvel do tipo passeio, aquele equipamento módulo-rastreador, que deveria estar instalado a um determinado caminhão-pipa que fora contratado pelo Exército Brasileiro. Os policiais constataram que o módulo-rastreador estava acoplado à bateria do automóvel e escondido no bagageiro do veículo.

O objetivo da fraude era simular a real entrega de água no trajeto estabelecido no contrato de prestação de serviços formalizado pelo pipeiro. As pessoas presas, na ocasião, informaram que estavam recebendo dinheiro do dono do caminhão-pipa, para que transitassem com o automóvel pelo mesmo trajeto que deveria ter sido feito por ele, simulando, assim, a entrega de água junto ao sistema informatizado de rastreamento exigido pelo Exército Brasileiro. Posteriormente, o dono do veículo também foi investigado no inquérito policial. Tal prática possibilita que o pipeiro, dono do caminhão-pipa, que deveria circular com esse veículo no trajeto do ponto de coleta da água, o manancial, até o ponto de abastecimento, a casa do beneficiário, aufera, quando da sua prestação de contas ao Exército Brasileiro, o valor contratual equivalente à entrega de água como se feita estivesse. Pretendia assim, auferir um maior lucro na execução contratual, claro que de modo fraudulento, uma vez que não precisaria deslocar-se com seu próprio caminhão-pipa, gastando, assim, mais combustível, já que trafegaria com o tanque reservatório cheio e se exigiria do caminhão maior

combustão e outras depreciações. Nesse sentido, o carro de passeio atenderia ao esquema de fraude à Operação Carro-Pipa fiscalizada pelo Exército Brasileiro. Existiram ocorrências registradas tanto pela Polícia Rodoviária Federal quanto pela Polícia Militar Estadual.

b) um determinado pipeiro foi preso em flagrante, parado na estrada, despejando a água contida no tanque reservatório do seu caminhão-pipa. O esquema fraudulento consistia em esvaziar o tanque reservatório do veículo caminhão-pipa, a fim de tornar mais leve o veículo e assim economizar no combustível, já que a economia na combustão é maior ao se trafegar com veículo leve. O resto do trajeto seria de caminhão-pipa vazio. Para todos os efeitos contratuais, o pipeiro já havia passado no manancial e abastecido o tanque-reservatório com água. O GPS do rastreamento já havia registrado a passagem do veículo pelo manancial, dando a entender que o serviço já teria sido executado.

Para que ambos os esquemas de fraude pudessem dar certo, há fortes possibilidades da pessoa beneficiária da água, de alguma maneira, ter que atestar falsamente o recebimento da carrada de água, como efetivamente recebida. Caso não conseguisse a cumplicidade dessa pessoa, só restaria aos suspeitos falsificar a assinatura da beneficiária na planilha que atestava o recebimento de água.

5 DOS TIPOS PENAIIS INFRINGIDOS

Sabe-se que não é só o militar que comete crime militar, pois também o pratica o civil quando a infração penal é contra as instituições militares, instituições essas citadas no inciso III do Art. 9º do Código Penal Militar Brasileiro, como se observa a seguir:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

[...]

III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

- a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;
- b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;
- c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;
- d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior. (grifo nosso)

Ocorre que pesam divergências doutrinárias quanto às situações de cometimento de crime militar por civil, nos termos do inciso III acima transcrito.

Quando se fala em civil que comete crime militar no contexto da Operação Carro-pipa, geralmente envolvem casos em que o proprietário do Caminhão Pipa (pipeiro) ou um terceiro em coautoria funcionam como sujeitos ativos da infração.

Veja-se, primeiro, alguns argumentos por parte de membros do Ministério Público, favoráveis a que o civil realmente pode cometer crime militar:

Este inciso prevê as hipóteses em que o civil pratica crime militar (exceto em coautoria ou participação, repetimos) e, tendo a Constituição deixado a cargo da lei a definição dos crimes militares, estes estão especificados pela lei, não sendo válido o argumento de não ser crime militar, embora tenha ocorrido nos termos deste inciso.

Argumento por vezes levantado pelos que pretendem negar a existência de crimes militares em certas hipóteses que se encaixariam neste inciso, seria o de que o legislador menciona que os crimes devem ser contra as instituições militares em razão da menção desta expressão em seu texto. Cabe ressaltar, no entanto, que a tal expressão segue-se uma interpretação autêntica intranorma que define o que seriam os crimes contra as instituições militares: “contra as instituições militares, considerando-se como tais, não só os compreendidos no inc. I como os do inc. II, nos

seguintes casos”. Assim sendo, parece que o legislador optou por não deixar sob o livre crivo do intérprete a interpretação do que seriam os crimes contra as instituições militares, definindo na própria norma, considerando como tais os das alíneas do Art. 9º, III, tanto no caso dos que possuem redação idêntica no Código penal, quanto nos que só consta ou constam diferentes no Código penal Militar. Além do mais, é de conhecimento que a lei não contém palavras inúteis e entender que não basta ser contra militar em local sob administração militar para ser crime militar, tornaria letra morta a alínea “b” deste inciso. Sim, pois qualquer condição a mais determinaria a natureza de crime militar por força exclusivamente da alínea a, ou da c ou da d, sem que se cogitasse a necessidade da “b”. Não se pode negar vigência, neste caso, senão por inconstitucionalidade que não existe.” (MARREIROS; ROCHA; FREITAS, 2015, p. 127)

Os autores da obra citada, membros do Ministério Público Militar, ao dissecarem a alínea “a” do Art. 9º, citam a posição contrária do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), em um caso concreto, e continuam na página seguinte:

Curioso é que, a título de afastar o civil da jurisdição militar nos casos em que não seja crime militar, o Min. Celso de Mello, do STF, já tenha afirmado, para invalidar um processo por crime militar contra cidadão civil, que fato não caracterizava crime militar e que, por isso, seria uma anomalia submeter um civil, em tempo de paz, à jurisdição criminal da Justiça Militar. O Caso versava sobre uso de Caderneta de Inscrição e Registro (CIR), documento que é emitido pela Marinha do Brasil.

No voto, analisou a legislação recente de países como Portugal, Argentina, Colômbia, Paraguai, México e Uruguai. Na ementa, Celso de Mello lembra da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que determinou que o Chile ajustasse sua legislação ao direito comparado, para que civis não fossem submetidos à Justiça Militar em tempos de paz. E chega a firmar que, no caso sub examine, haveria violação ao princípio do juiz natural. (MARREIROS; ROCHA; FREITAS, 2015, p. 128. grifo nosso)

Logo em seguida à citação, os membros do MP afirmaram que soa equivocada a manifestação do Doutor Ministro do STF.

Auxiliando essa insatisfação por parte dos supracitados autores, urge por bem mencionarmos Acórdão do Superior Tribunal Militar que abordou prática de Crime Militar praticado por pipeiro no interior do Ceará, no âmbito da Operação Carro-Pipa:

Acórdão Num: 0000021-61.2015.7.00.0000. UF: CE Decisão: 04/03/2015.

Ementa: HABEAS CORPUS. ART. 251 DO CPM. ESTELIO-NATO NA MODALIDADE TENTADA. OPERAÇÃO “PIPA”. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. LEI Nº 9.099/95. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO. PLEITO NEGADO. FALTA DE AMPARO LEGAL. MAIORIA. Paciente denunciado pela apresentação de senhas falsas para obtenção de vantagem indevida durante a operação “pipa” no interior do Ceará. Writ impetrado para obter o trancamento da Ação Penal por incompetência da Justiça Militar da União para atuar no feito. Alternativamente, a defesa requer a inversão da ordem do interrogatório, aplicação do princípio da insignificância ou da Lei nº 9.099/95. Compete à Justiça Militar da União julgar civil que comete crime contra patrimônio sob administração militar. A competência da Justiça Castrense para atuar no feito dá-se em razão da inteligência do art. 9º, III, “b” do CPM. Quanto à aplicação do art. 400 do CPP, não há previsão legal nesse sentido. O caráter especial da legislação castrense impede a aplicação dos institutos da Lei comum. Súmula nº 15 do STM. No tocante ao princípio da insignificância, a ação e o valor apurado não angariou os requisitos para sua aplicação, razão pela qual não se aplica. Tampouco há de falar na utilização dos institutos despenalizantes previstos na Lei nº 9.099/95, pois sua aplicação restou afastada pelo artigo 90-A do mesmo preceito e pela Súmula nº 9 desta Corte Castrense. Precedentes do STF e do STM. Denegada a Ordem. Maioria. (Proc: HC – HABEAS CORPUS Cód. 180 Data da Publicação: 16/03/2015 Vol: Veículo: DJE. Ministro Relator: Marcus Vinícius Oliveira dos Santos). (grifo nosso)

Acerca da digladição de argumentos, o fato é que o caso concreto apreciado pelo Ministro Celso de Mello, do STF, orientou em parte a confecção da Súmula Vinculante nº. 36 do STF:

Compete à Justiça Federal comum processar e julgar civil denunciado pelos crimes de falsificação e de uso de documento falso quando se tratar de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), ainda que expedidas pela Marinha do Brasil. (grifo nosso)

Outras decisões sobre o CIR, mencionam os referidos autores, definem que a competência da Justiça Militar para o julgamento de civis se daria quando ofendessem os bens jurídicos tipicamente associados à função castrense, tais como a defesa da Pátria e garantia dos poderes constitucionais. Segue abaixo transcrição do Acórdão em sede do HABEAS CORPUS 110.237 – PARÁ – 2ª Câmara STF – 19/02/13, que analisou a questão envolvendo o caso da falsificação/uso de Caderneta de Inscrição e Registro, emitida pela Marinha do Brasil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello (RISTF, art. 37, II), na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer, em parte, da ação de “habeas corpus” e, nessa parte, deferir o pedido para invalidar o procedimento penal instaurado contra o ora paciente perante a Justiça Militar da União (Processo nº 0000006--27.2007.7.08.0008 – Auditoria da 8ª CJM), desde a denúncia, inclusive, sem prejuízo da renovação da “persecutio criminis” perante órgão judiciário competente da Justiça Federal comum, contanto que ainda não consumada a prescrição penal da pretensão punitiva do Estado. Determinou, ainda, que os autos do Procedimento Ordinário em questão sejam encaminhados ao Ministério Público Federal na Seção Judiciária do Pará, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. (grifo nosso)

Tendo em vista os casos fraudulentos citados no item nº 3 acima, percebe-se no *modus operandi* dos presos em flagrante uma conduta semelhante a que foi identificada nos denunciados da Ação Penal Militar, objeto de Habeas Corpus analisado acima (Acórdão Num: 0000021-61.2015.7.00.0000-STM), onde a posição do STM foi pela manutenção da competência da Justiça Militar. O Paciente foi denunciado pela apresentação de senhas falsas para obtenção de

vantagem indevida durante a Operação Pipa no interior do Ceará, incorrendo no tipo penal militar de estelionato, Art. 251 do CPM, a seguir transcrito:

Estelionato

Art. 251. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – reclusão, de dois a sete anos.

Assim, não deixa de ter semelhança com o precedente do STM, o *modus operandi* pelo qual vêm sendo presos em flagrante os pipeiros, conforme as situações supracitadas nas notícias da imprensa, que consistiram em simular as rotas de entrega de água que deveria ser feita nos caminhões-pipa, aos quais aquele equipamento deveria estar acoplado e que, na verdade, fora instalado em carro de passeio particular ou em motos, induzindo à fiscalização do Exército Brasileiro ao erro, o que acaba por ocasionar um ganho maior do pipeiro contratado pela Administração, vindo, portanto, a lesar os cofres públicos. Nesse sentido, o pipeiro e os outros partícipes da fraude auferiram vantagem ilícita.

O principal prejudicado em toda essa prática fraudulenta é imediatamente a Instituição do Exército Brasileiro, que registrou danos ao erário por ele administrado, e teve sua rotina de fiscalização administrativa ludibriada. Esta última configurando afronta à ordem administrativa militar.

Há também a possibilidade de ocorrência do tipo penal militar de Falsidade Ideológica. Refiro-me à falsificação da assinatura dos beneficiários em campo próprio das planilhas de controle de recebimento de água. Vejamos o enquadramento que é dado pelo CPM:

Falsidade ideológica

Art. 312. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar:

Pena – reclusão, até cinco anos, se o documento é público; reclusão, até três anos, se o documento é particular.

Quanto à autuação empregada pela Polícia Judiciária Estadual ou Federal, que fora noticiada na imprensa, é que os casos que foram exemplificados tiveram sua ilicitude caracterizada como infringência a dois tipos penais, quais sejam, o Art. 163, parágrafo único, inciso III e Art. 171 do Código Penal Brasileiro (Comum), a seguir citados:

Art. 163 – Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

Dano qualificado

Parágrafo único – Se o crime é cometido:

I – com violência à pessoa ou grave ameaça;

II – com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave

III – contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista;

IV – por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima:

Pena – detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Estelionato

Art. 171 – Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. (grifo nosso)

O bem alheio em questão no art. 163 é tanto a água potável despejada, quanto o equipamento do módulo rastreador, retirado do caminhão-pipa e colocado no carro de passeio para simular o real trajeto da rota de entrega da água, o que acaba por danificá-lo. Esclareça-se que tal equipamento é de propriedade de empresa que presta serviços aos pipeiros, fornecendo a estes, em regime de Comodato, a sua instalação. Ao final do contrato administrativo com o Exército Brasileiro, os pipeiros têm a obrigação contratual de devolver tais equipamentos àquela empresa.

Outra hipótese que nos parece também razoável é estes responderem também por improbidade administrativa, tendo em vista a execução dos serviços dos pipeiros ter se dado em sede de contrato administrativo, portanto auferindo dinheiro público como pagamento e que recai sobre as circunstâncias delituosas alhures, em tese, pelo arcabouço do texto da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (lei de improbidade administrativa), em especial seu Art. 3º, abaixo subscrito, subsídios para o enquadramento da ação criminosa do flagrante dos envolvidos presos.

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. (grifo nosso).

A ação das pessoas presas encaixaria bem na disposição do Art. 11 da supracitada lei, como se observa na sua transcrição abaixo:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições. (grifo nosso)

Comprovando a adequabilidade da conduta praticada pela pessoa presa em flagrante como sendo de improbidade administrativa, e que tal ato de improbidade tenha causado lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo Inquérito representar ao Ministério Público Federal, para a indisponibilidade dos bens do indiciado, na forma do Art. 7º do mesmo preceito. Nesse sentido resta o gestor colaborar com as investigações que se desenrolam na Polícia Judiciária Comum, ao verificar que houve tal lesão e enriquecimento.

Lembrando-se que como estamos falando de recursos da Operação Pipa e, portanto, recursos orçamentários federais do Ministério da Integração, ainda que administrado pelo Exército Brasileiro, qualquer tipo de representação ou queixa ou mesmo um Inquérito Policial Militar (IPM) que enquadre a conduta investigada como sendo de Improbidade Administrativa, poderá, ao final, ser enviada ao Ministério Público Federal. Caso já tenha sido aberto um Inquérito

Policial Militar (IPM) no âmbito da Instituição Militar, mais prudente seria para o encarregado do IPM encaminhar para o Ministério Público Militar e este decidir se encaminha o feito ao Ministério Público Federal, se assim o entender que será de sua competência, ou se denuncia os réus na própria Justiça Militar enquadrando as condutas ilícitas nos tipos penais militares supracitados.

O devido enquadramento ao tipo penal na fase de Inquérito muitas vezes deixa dúvida à pessoa do encarregado. Como o responsável pela propositura da Ação Penal será o Ministério Público, o interessante é que o encarregado da investigação policial se apegue a comprovar os fatos da ilicitude (materialidade e autoria) e o possível dano ao erário ou enriquecimento ilícito do indiciado e, na dúvida se houve ou não Improbidade Administrativa, deixe a cargo do membro do Parquet a preocupação de qual melhor enquadramento penal a ser dado ao caso. Frise-se que as condições de lesão e enriquecimento ilícito precisam ser devidamente atestadas para que se possa pensar em indisponibilidade de bens dos réus na ação a ser proposta pelo Ministério Público, no caso da Ação de Improbidade Administrativa.

6 CONCLUSÃO

Em que pese que no âmbito militar, os comandantes de Organizações Militares, têm atribuições de autoridade policial judiciária militar, vê-se com os bons olhos da boa prática administrativa que a Unidade Militar, nos casos que venha a tomar conhecimento de situações de flagrante efetuados por outras autoridades de polícia judiciária (Estaduais ou Federais), reserve-se a acompanhar e colaborar com as investigações a serem realizadas pela Autoridade Policial Comum, mesmo sabendo que há subsídios doutrinários e legais para a condução das investigações no âmbito militar do Exército Brasileiro. Nesse sentido, caso as ocorrências de flagrantes de prisões de pipeiros venha a se dar pelas polícias comuns (Estadual ou Federal), deve o Comandante da Organização Militar as quais os pipeiros tenham contrato acompanhar e colaborar com as investigações que venham a ser lavradas por aquelas autoridades.

Claro que, nos procedimentos que venha a se averiguar o possível dano ao erário, ou mesmo o envolvimento de Militares do Exército, casos que demandariam, sem dúvida nenhuma, a abertura de IPM para se melhor apurar. Não se pode esquecer também, que tais ocorrências obrigam os Comandantes de Organizações Militares a instauração não só do IPM, mas paralelamente a este, a instauração de um procedimento administrativo específico para se apurar o dando ao erário e a sanção administrativa dos infratores. Ao final, se chegue à conclusão de que estes não executaram, em nenhum momento, nem sequer uma única vez, de maneira correta o contrato ao qual fora firmado, então não há o porquê de se pagar por um mal serviço. Assim, confirma-se que o que houve foi um desserviço ou execução contratual em desconformidade com o Termo de Contrato e Edital de Credenciamento.

Quanto a questão Penal Militar *versus* Penal Comum, sou defensor da interpretação favorável exposta pelos autores promotores e procuradores militares da União, no sentido de que, se o legislador não tivesse tido a intenção de o civil também poder praticar crime militar contra as instituições militares e, portanto, figurar como réu na Justiça Militar, assim não as teria inserido no inciso III da alínea “a” do Art. 9º do Código Penal Militar, ainda que existam iguais tipos penais no Código Comum. Ocorre que o grande problema entorno disso é que as Organizações Militares passarão a encarcerar civis em seus quartéis, o que não me parece muito interessante para a imagem da Força Terrestre.

Pelo exposto, têm-se também, como razoável, a manutenção das investigações com a autoridade policial, seja federal ou estadual, instauradora do Auto de Prisão em Flagrante, no qual já se desenrola a *persecutio criminis*, salvo, claro, que a instauração da investigação tenha sido solicitada pelo próprio Ministério Público Militar da União, à pessoa do Comandante da Organização Militar, aí não havendo outra opção, senão, a abertura do IPM no âmbito do Exército Brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://bit.ly/2PgTB5q>. Acesso em: 1 fev. 2019.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <https://bit.ly/18kAH0G>. Acesso em: 1 fev. 2019.

_____. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: <https://bit.ly/2zvL08j>. Acesso em: 1 fev. 2019.

_____. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <https://bit.ly/2CfB1U9>. Acesso em: 15 ago. 2018.

_____. Lei Complementar nº 97, de 09 de junho de 1999. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jun. 1999. Disponível em: <https://bit.ly/2DPBywt>. Acesso em: 14 ago. 2018.

_____. Operação Carro-Pipa investe R\$ 180 mi para atender população atingida pela seca no Semiárido e em Minas. Governo do Brasil, Brasília, DF, 18 out. 2011. Disponível em: <https://bit.ly/2MIpVdB>. Acesso em: 31 jan. 2019.

_____. Ministério da Integração Nacional. Portaria Interministerial nº 1, de 25 de julho de 2012. Dispõe sobre a mútua cooperação técnica e financeira entre os Ministérios da Integração Nacional e da Defesa para a realização de

ações complementares de apoio às atividades de distribuição de água potável às populações atingidas por estiagem e seca na região do semiárido nordestino e região norte dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, denominada Operação Carro-Pipa. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 jul. 2012, Seção 1, p. 40.

_____. Ministério da Integração Nacional. Portaria Interministerial nº 2, de 27 de março de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 mar. 2015, Seção 1, p. 92.

_____. Superior Tribunal Militar. Acórdão Num: 0000021-61.2015.7.00.0000. CE Decisão: 04 de março de 2015. Relator: Ministro Marcus Vinícius Oliveira dos Santos. Proc: HC – HABEAS CORPUS. Cód. 180. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 16 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão em sede do HABEAS CORPUS 110.237 PARÁ – 2ª Câmara STF – 19 de fevereiro de 2013*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2t1PVHI>. Acesso em: 1 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 36. Compete à Justiça Federal comum processar e julgar civil denunciado pelos crimes de falsificação e de uso de documento falso quando se tratar de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), ainda que expedidas pela Marinha do Brasil. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 24 out. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2Tsv0JI>. Acesso em: 31 set. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão Nº 1722/2013 – TCU – Plenário*. TC 043.346/2012-0. Data da Sessão: 3/7/2013 – Ordinária. Órgão: Ministério da Defesa/Comando do Exército. Relator: Ministro-Substituto Weder de Oliveira.

LIMA, João. Fraudes nas rotas do Operação Carro-Pipa continuam ocorrendo no interior do Ceará. *Diário Sertão Central*, Maciço do Baturité, 14 jun. 2017. Disponível em: <https://glo.bo/2WuOJu0>. Acesso em: 31 jan. 2019.

MARREIROS, A. A.; ROCHA, G.; FREITAS, R. *Direito penal militar: teoria crítica & prática*. São Paulo: Método, 2015. p. 127-128.

MOTORISTA de carro-pipa despeja água em vez de entregar à população no CE. *G1 Ceará*, Fortaleza, 5 jan. 2017. Disponível em: <https://glo.bo/2DOEDwL>. Acesso em: 31 jan. 2019.

Denúncia caluniosa, Ministério Público e O Processo

Adriana Santos

Promotora da Justiça Militar
Graduada, Mestre e Doutora em Filosofia
pelo Instituto de Filosofia e Ciências Sociais – IFCS/UFRJ

RESUMO: Como reflexo das garantias asseguradas pela Constituição Federal de 1988, houve o fortalecimento das Ouvidorias, com ampliação do canal de comunicação entre a sociedade e as instituições. Nesse quadro, o exercício das funções do Ministério Público Militar assume relevância capital, pois, em sede extrajudicial, pela triagem dos casos, impede uma das hipóteses de cometimento do delito de denúncia caluniosa, desafogando a máquina judicial, além de proteger a Administração da Justiça e a honra do cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: Denúncia caluniosa. Ministério Público. Direito Penal Militar. Direito Penal Comum. O Processo.

ENGLISH

TITLE: False accusation, Public Prosecutor and *The Trial*.

ABSTRACT: As a reflection of the constitutional guarantees by the Federal Constitution of 1988, there was a strengthening of the Ombudsman's Office, with expansion of the communication channel between society and institutions. In this context, the exercise of the functions of the Military Public Prosecutor's Office is of paramount importance, since, in an extrajudicial seat, by sorting the cases, it prevents one of the hypotheses of committing the crime of false accusa-

tion, unburdening the judicial machine, besides protecting the Administration of Justice and the honor of the citizen.

KEYWORDS: False accusation. Criminal Law. Military Criminal Law. The Trial.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Evolução Legislativa e doutrinária – 3 *O Processo* e algumas análises – 4 A calúnia e a denúncia caluniosa no StG de 1803 – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O crime de denúncia caluniosa, previsto no artigo 343 do Código Penal Militar (CPM), no Título VIII, que trata ‘Dos Crimes contra a Administração da Justiça Militar’, configura delito de extrema gravidade, por seus efeitos político-sociais, vez que, além de atingir a credibilidade do Poder Judiciário, causa impactos deletérios na vida das pessoas, em vários aspectos.

A atuação do Ministério Público, em sede extrajudicial, é de fundamental importância para frustrar tais danosos intentos, na medida em que se constitui porta de acesso para cometimento do delito e, ao mesmo tempo, mecanismo institucional de segurança, para que seja interrompida a cadeia delitiva.

A tipificação do delito militar, diversamente da legislação penal comum, exige que a imputação de crime, de denúncia caluniosa, sujeito à jurisdição militar, tenha dado causa a instauração de inquérito policial militar (IPM) ou processo judicial militar, ao passo que no Código Penal, basta a instauração de investigação, inclusive administrativa, como lembra o ilustre Promotor da Justiça Militar, Dr. Adriano Alves-Marreiro ¹ em, seus comentários ao artigo 343 do CPM. Em qualquer hipótese, a atividade ministerial preventiva sempre será fundamental.

¹ ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar*. Teoria Crítica & Prática. Rio de Janeiro: Forense São Paulo: Método, 2015. KINDLE, posição: 37000.

Na atualidade, dentre vários, o caminho mais utilizado, para fazer chegar à autoridade o conhecimento da prática de um delito, é pelas Ouvidorias.

As Ouvidorias, hoje, em função da Constituição Federal, desempenham um papel fundamental junto à sociedade, facilitando o contato dos cidadãos com as instituições, contribuindo ricamente para o trâmite de informações e investigações, a partir de ‘reclamações e denúncias’, muitas das vezes com anonimato ou sigilo dos dados do noticiante, para segurança desse. Canal que deve ser cada vez mais fortalecido e valorizado. No entanto, não se pode ignorar que esse mesmo canal é meio através do qual são apresentadas representações de conteúdo falso, por pessoas com intenções escusas; situação que só poderá ser identificada após a pertinente investigação, com os instrumentos disponíveis para tanto, como, ‘notícias de fato’ e ‘procedimentos de investigação criminal’.

Nesse sentido, na esfera penal e processual penal militar, uma atuação ministerial especializada, através de Ofícios, com competência exclusivamente extrajudicial, ganha relevância, pois permite a que se dê maior atenção às representações elaboradas perante as Ouvidorias, viabilizando uma apuração mais detalhada e ao mesmo tempo, com a celeridade necessária; com o que se pode evitar, a concretização de referidas maléficas situações.

O Promotor de Justiça, no exercício do seu dever de apuração dos fatos, há que se manter permanentemente alerta, para a hipótese ou possibilidade de denúncia caluniosa, protegendo ao máximo a imagem do noticiado, sem expô-la, na medida em que, nesse momento inicial e deflagrador, não há como se saber se os fatos ocorreram tal como narrados, e a pessoa do noticiado não pode ser atingida por condutas delituosas, típicas da denúncia caluniosa, que causam danos à imagem, carreira, família, por vezes de monta irreparável; o Promotor, preserva, ainda, a Administração da Justiça, evitando que o Poder Judiciário seja desnecessariamente acionado.

Ressalte-se que o cidadão se sente extremamente ofendido, ao perceber a utilização do sistema policial e judicial contra um inocente, a serviço daquele que, de forma insidiosa, quer causar dano a outrem.

A denúncia caluniosa é, assim, um crime que se situa quanto à abrangência dos bens jurídicos tutelados, entre a administração pública e a honra. Esse quadro retrata o potencial grau de lesividade delituosa.

Ilustra-se com o julgamento realizado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em 06 de outubro de 2016, no Recurso Especial nº1482925, que teve como Relator o Exmo. Ministro Sebastião Reis Júnior, com a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. ART. 339 DO CP. ELEMENTOS DO TIPO. PREENCHIMENTO. INQUÉRITO POLICIAL. INSTAURAÇÃO. FALSIDADE DESCOBERTA NO CURSO DAS INVESTIGAÇÕES. INDICIAMENTO DAQUELES FALSAMENTE INDICADOS COMO AUTORES DO CRIME SABIDO INEXISTENTE. DESNECESSIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 340 DO CP. DESCABIMENTO.

1. Se, em razão da comunicação falsa de crime efetivada pela recorrida, houve a instauração de inquérito policial, sendo a falsidade descoberta em razão dos atos investigatórios nele realizados, o delito cometido é o denúncia caluniosa, previsto no art. 339 do Código Penal.
2. Não autoriza a desclassificação para a conduta do art. 340 do mesmo Estatuto, o fato de que aqueles que foram falsamente apontados como autores do delito inexistente não tenham chegado a ser indiciados no curso da aludida investigação, em virtude da descoberta da inveracidade da imputação.
3. Recurso especial provido para condenar a recorrida pela prática do crime do art. 339 do Código Penal, devendo o Juízo de primeiro grau proceder à fixação das penas, como entender de direito.

2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E DOCTRINÁRIA

A tipificação de tais condutas alterou-se na linha do tempo, o Código Penal da Armada, instituído pelo Decreto nº 18, de 07 de março de 1891, o qual, por conta a Lei nº 612, de 29 de setembro de 1899, foi estendido ao Exército Nacional, previa o delito de denúncia falsa no título IV, que tratava ‘Dos crimes contra a honra e o dever militar’, em seu Capítulo VI, do ‘Falso testemunho e da denúncia falsa’. Dispunha o artigo 146:

Art.146. Todo individuo ao serviço da marinha de guerra, que, de ma fé, mover contra outro denuncia por crime da competência dos tribunales militares da marinha, sabendo ser falso o facto denunciado:

Pena – a do crime imputado.²

Oscar Macedo de Soares, em 1903, lançou obra que comentava referido Código Penal Militar, afirmando que preenchia uma lacuna, pois era o primeiro trabalho publicado e, ao dissertar sobre o dispositivo afirmou:

A denuncia falsa ou calumniosa é prevista no Cod. comm., art.264: Dar queixa, ou denuncia, contra alguém imputando-lhe falsa e dolosamente factos que, se fossem verdadeiros, constituiriam crime e sujeitariam seu autor á acção criminal: Pena – a do crime imputado. São elementos da denuncia falsa ou calumniosa: 1º a falsidade do facto arguido; 2º a ma fé do denunciante; 3º que a denuncia seja dada a uma autoridade. A falsidade do facto arguido somente se demonstra por uma decisão judiciaria definitiva; a sentença de impronuncia não constitue decisão judiciaria definitiva, porque o processo pôde ser renovado.³

Ao comentar o mesmo artigo, Tomas Pará, Auditor de Guerra, asseverou:

Trata da denúncia que todo o indivíduo, a serviço da Marinha de Guerra, de má fé, mover contra outro, no fóro militar, sabendo ser falso o fato denunciado.

Viveiros de Castro, na Jurisprudência Criminal, p.271, discorre sobre a denúncia caluniosa, aliás prevista no Cód. Pen. Com. art.264 (Cons. das Leis Penais) tendo oportunidade de referir-se ás três espécies estudadas pelos glosadores, isto é:

a) denúncia caluniosa, propriamente dita, inspirada pela má fé, pela fraude, pela injustiça, quando se acusa uma pessoa de um crime, tendo consciência, sabendo-se que a mesma está inocente; b) acusação temerária, feita de boa fé, sem dolo, sem desejo de perseguição, mas imprudente, leviana, sem motivos fortes que justifiquem a condição;

² SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal Militar da Republica dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: H.Garnier, 1903, p.221.

³ *ibidem*,p.221.

c) denúncia fundada, sôbre um erro justo, justificado pela bôa fé do acusador, pelo seu interêsse, por presunções veementes.

A acusação fundada, sôbre um êrro justo, não incidia na sanção penal, enquanto a acusação temerária obrigava a indenizar o inocente, acusado dos danos e prejuízos que tivesse sofrido, com a falsa imputação, e, a acusação caluniosa punia-se com a infâmia. São elementos do delito: 1º - a falsidade do fato arguido; 2º - a má fé do denunciante; 3º - que a denúncia seja dada a uma autoridade. Mas, para que a denúncia seja caluniosa, é necessário que tenha sido o resultado de uma vontade livre e espontânea da parte de seu autor, tanto mais quando são elementos do crime: a falsidade do fato arguido e a má fé do denunciante.

- Não haverá crime se patente a boa fé do denunciante.

Também, o que distingue a denúncia caluniosa da calúnia, é que a primeira é dada perante a autoridade, notando-se que na calúnia a intenção do agente é desacreditar o ofendido no conceito público, enquanto, na denúncia caluniosa, o intuito é ver o ofendido sofrer um processo, ser preso, acusado e condenado.⁴

Novo Código Penal Militar foi instituído pelo Decreto-Lei nº 6.227, de 24 de janeiro de 1944, utilizando-se os comentários do Exmo. Desembargador Silvio Martins Teixeira, Membro da comissão elaboradora do anteprojeto convertido em lei. A denunciação caluniosa não está dentre os delitos previstos no Título IV, 'Dos crimes contra a pessoa' em seu capítulo IV, que tratava 'Dos crimes contra a honra', o qual previa, a partir do artigo 187, a calúnia, difamação e a injúria. Tampouco, no Capítulo VIII, 'Dos crimes contra a Administração da Justiça', inserido no Título VIII, 'Dos crimes contra a administração militar'.

No entanto, é interessante transcrever sua observação:

Justifica-se a separação dêsse capítulo, porque a tutela da boa ordem da administração da justiça merece cuidado especial.

O mesmo critério se encontra no Código Penal comum de 1940, onde também existe um capítulo com o mesmo nome.

Essa situação especial da administração da justiça é perfeitamente compreensível, por ser esse ramo da administração a cúpula sob a qual se abrigam todos os outros.

É no reconhecimento do direito que se apoia a garantia dos indivíduos e da sociedade, das instituições e da administração em geral.

⁴ PARÁ, Tomaz. *Códigos e Leis Militares*, Pôrto Alegre: Livraria do Globo, 1939, p.95.

Na administração da justiça está a efetividade do direito declarado ou subentendido na lei.

É a transformação do direito estático, latente, no direito dinâmico, com vida, efetivo, que constitui a finalidade da justiça.⁵

Salienta-se que, entretanto, que esse código prevê o crime de falsa comunicação de crime militar, estampado no artigo 261 e, a auto acusação falsa, no artigo 262, não se identificando, assim, o delito de denúncia caluniosa⁶.

No CPM em vigor, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro 1969, o delito está tipificado no artigo 343, nos seguintes termos:

Denúnciação caluniosa

Art. 343. Dar causa à instauração de inquérito policial ou processo judicial militar

Agravação de pena

Parágrafo único. A pena é agravada, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto.

O Professor Ramagem Badaró, em seus comentários ao Código Penal Militar de 1969, elucida:

Consubstancia crime contra a administração da Justiça a denúncia caluniosa, por perturbar a normalidade do processamento da mesma, não só pela imputação falsa de autoria de crime.

Mas, é preciso que, por parte do agente, a comunicação falsa da autoria, seja feita com plena consciência de que o autor apontado é inocente.

Sem a noção dessa falsidade, o crime perde o seu rosto criminológico, pois deixa o agente de cometer denúncia caluniosa.

Não retrata o delito denúncia caluniosa, o dar o agente causa à apuração de contravenção ou de transgressão de regulamento disciplinar contra quem saiba inocente do fato. É que, o artigo em comentário, só trata de crime militar.

Portanto, falsa comunicação de autoria de um crime militar, estando o agente consciente dessa falsidade, é delito contra a administração da Justiça Militar, vale fixar-se. Sendo a pena de

⁵ TEIXEIRA, Silvio Martins. *Novo Código Penal Militar do Brasil*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946, p.514.

⁶ *Ibidem.*, p. 519-520.

maior gravidade que no direito penal paisano.

No Código Penal Comum de 1940, art. 339, a pena para o crime de denunciação caluniosa é de reclusão de dois a oito anos e multa; e no Código Penal Comum de 1969 art. 380, a pena é de reclusão, de dois a oito anos e cinco a quinze dias e multa. A norma penal deste Código impõe pena privativa de liberdade (reclusão), de dois a oito anos, portanto, de igual graduação e intensidade.

Agravando-a ainda mais, conforme dispõe no seu parágrafo único, se o agente se serve do anonimato ou nome suposto.

Não importa a qualidade pessoal do agente, se civil, assemelhado ou militar para compor a natureza militar do crime em análise, desde que a falsa imputação da autoria de crime seja de delito sujeito à jurisdição militar.

Em resumo, o crime de denunciação caluniosa estrutura-se em diversas hipóteses.

1.º — dar causa o agente à instauração do IPM, (Inquérito Policial Militar);

2.º — dar causa à instauração de processo judicial militar.

3.º — dar causa a instauração de IPM ou de processo penal militar, mediante uso de anonimato ou de nome suposto.

Ao iniciar o texto da norma penal, o presente artigo com a expressão — dar causa, quis dar a máxima amplitude ao modo de ação do agente desse delito, para que o crime de denunciação caluniosa se consume no seu aspecto objetivo.

Daí e por isso não delinear, definir ou determinar a lei penal militar quais os modos pelo qual o agente efetue a imputação falsa de autoria de crime militar, ocasionando a instauração de IPM ou de processo criminal militar.

São elementos idênticos em todas as hipóteses ou modos de execução do delito de denunciação caluniosa, o propósito e a consciência por parte do agente de estar fazendo uma falsa imputação. Quando o parágrafo único do artigo fala em anonimato ou nome suposto, igualando ambas as alternativas para fins de agravamento da pena imposta ao agente do fato, quer revelar que é a vileza que ambas as citadas formas revestem, é o que condiciona o acerbamento penal na aplicação da punibilidade penal do agente. Vale salientar-se que, ao expressar a norma penal a condição para a configuração do crime em viso, ao dizer, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, quer dizer que o agente tenha certeza da inocência do imputado. Nisso se fixando o dolo específico da ação do agente.⁷

⁷ BADARÓ, Ramagem. *Comentários ao Código Penal Militar de 1969*. São Paulo: Juriscredi, 1972, 2º vol p. 267-269.

Do texto acima, destaca-se, dentre outros pontos, que o Professor afirma que “Não importa a qualidade pessoal do agente, se civil, assemelhado ou militar para compor a natureza militar do crime em análise, desde que a falsa imputação da autoria de crime seja de delito sujeito à jurisdição militar”, o que é correto.

Por outro lado, a jurisprudência indica que, no âmbito militar, se estamos diante de um crime contra a Administração da Justiça Militar, temos, também, uma imensa repercussão na pessoa do caluniado, para o qual, se a situação não for devidamente identificada e caracterizada como denúncia caluniosa, os danos são irreparáveis. Em recente julgamento, da Apelação nº 0000147-42.2015.7.02.0102, datado de 03 de abril de 2018, de Relatoria do Exmo. Ministro Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva, o Colendo Superior Tribunal Militar, assim decidiu:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. ART. 343 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO. NÃO ACOLHIMENTO. INCAPACIDADE DA ACUSADA. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. INSTAURAÇÃO. INIMPUTABILIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. RECURSO DEFENSIVO NÃO PROVIDO. AUTORIA, MATERIALIDADE E CULPABILIDADE COMPROVADAS. NEGADO PROVIMENTO. UNANIMIDADE. A conduta delituosa descrita no art. 343 do Código Penal Militar caracteriza-se quando o agente informa à autoridade policial a existência de um crime e de seu autor, sabendo que o faz falsamente, fornecendo instrumentos para a investigação. A elementar “de que o sabe inocente” descrita na conduta tipificada como denúncia caluniosa estabelece o parâmetro para a caracterização do elemento subjetivo do tipo penal em comento, qual seja, o dolo consistente no nítido conhecimento do agente acerca da inocência do imputado. Não se reconhece a inimputabilidade do agente, uma vez que o Laudo Pericial produzido por ocasião da instauração do Incidente de Insanidade Mental concluiu que a Acusada, apesar de apresentar quadro depressivo à época da conduta delituosa, possuía capacidade de entendimento acerca do caráter ilícito do fato definido como crime. Autoria, materialidade e culpabilidade comprovadas.

Negado provimento ao Apelo defensivo. Unanimidade. (STM-Ap 0000147-42.2015.7.02.0102, Relator Ministro CLEONILSON NICÁCIO SILVA. Publicação em 16/04/2018.)

Importante decisão, foi proferida no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade, nº 0000170-80.2011.7.07.0007, realizado em 27 de abril de 2017, relatado pelo mesmo Ministro, nos seguintes termos:

EMBARGOS INFRINGENTES. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO.DENUNCIACÃO CALUNIOSA. ART. 343 DO CÓDIGO PENAL MILITAR.DIVERGÊNCIA QUANTO À COMPROVAÇÃO DO DOLO NA CONDUTA DO AGENTE. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO CARACTERIZADO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS. MAIORIA. A prática delituosa descrita no art. 343 do Código Penal Militar tipifica a conduta de quem dá causa à instauração de inquérito policial ou processo judicial militar contra alguém, imputando-lhe crime sujeito à jurisdição militar, de que o sabe inocente. Fornece instrumentos para a investigação aquele que informa à autoridade policial, verbalmente, a existência de um crime e de seu autor, sabendo que o faz falsamente. Configura-se o elemento subjetivo do tipo penal descrito no art. 343 do Código Penal Militar quando o autor baseia a denúncia em mera suposição, sem que para isso apresente a devida comprovação. Nesse caso, fica afastada a alegação de exercício regular de direito, pois o agente tinha conhecimento da inocência do colega de farda. Embargos rejeitados. Maioria.

Também merece registro o julgamento da Apelação nº 0000046-22.2013.7.04.0004, realizado em 25 de fevereiro de 2015, que teve, como Relator, o Exmo. Ministro José Coelho Ferreira, com a seguinte ementa:

APELO DA DEFESA. CRIME CAPITULADO NO ART. 343 DO CPM. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. ALEGAÇÃO DE EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO PARA JUSTIFICAR PEDIDO DE ABERTURA DE IPM. NÃO PROVIMENTO.I - Pratica crime de denúncia caluniosa os agentes que, apesar de não terem recebido tratamento exemplar no âmbito de determinada Unidade Militar, provocma a instauração de IPM, imputando a militar

da ativa prática de crime de constrangimento ilegal e de lesão corporal, mesmo sabendo da inocência da pessoa investigada. II - Diante do acervo probatório carreado aos autos, restaram fragilizadas as teses da Defesa referentes à atuação dos apelantes com respaldo no exercício regular de direito e ao cabimento da absolvição com base no princípio in dubio pro reo. Apelo da Defesa desprovido. Decisão unânime.

Transcreve-se, agora, as alterações legislativas, quanto ao direito penal comum e a regulação da denúncia caluniosa:

LEI DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830.

CODIGO CRIMINAL DO IMPERIO DO BRAZIL

TITULO II

Dos crimes contra a segurança Individual

CAPITULO II

DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DA HONRA

SECÇÃO III

Calumnia e injúria

Art. 235. A acusação proposta em Juízo, provando-se ser caluniosa, e intentada de má fé, será punida com a pena do crime imputado, no gráo mínimo.⁸

DECRETO N. 847, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890

CODIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL

TITULO VI

Dos crimes contra a fé publica

CAPITULO II

DAS FALSIDADES

SECÇÃO IV

Do testemunho falso, das declarações, das queixas e denúncias falsas em juízo

Art. 264. Dar queixa, ou denuncia, contra alguem imputando-lhe falsa e dolosamente factos que, si fossem verdadeiros, constituiriam crime e sujeitariam seu autor á acção criminal:

Pena - a do crime imputado.⁹

DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.

CÓDIGO PENAL

⁸ CODIGO CRIMINAL DO IMPERIO DO BRAZIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm.

⁹ CODIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>.

TÍTULO XI
DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
CAPÍTULO III

DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA
Denúnciação caluniosa

~~Art. 339. Dar causa a instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:~~

Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: (Redação dada pela Lei nº 10.028, de 2000)

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

§ 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.¹⁰

Quanto ao artigo 339, em seus Comentários ao Código Penal, Nelson Hungria, remarca, em que pese, as afinidades entre a denúnciação caluniosa e a calúnia, a comunicação falsa de crime e a autoacusação falsa, a denúnciação caluniosa se distingue:

[...] da calúnia, porque a falsa imputação, aqui é feita perante a autoridade pública, com o propósito não apenas de ofender a honra do acusado, senão também, eventualmente, de molestar sua liberdade, submetendo-o, mediante engano do órgão policial ou judicial (assim desviado do seu funcionamento normal), ao vexame e opressão de uma investigação policial ou de um processo penal; da “comunicação falsa de crime ou contravenção”, porque nesta não há acusação contra pessoa alguma; e, finalmente, da auto-acusação falsa, porque em tal crime o denunciado não é pessoa diversa do denunciante, mas este próprio. Ocorre a denúnciação caluniosa não só quando é atribuída infração penal verdadeira a quem dela não participou, como quando se atribui a alguém infração penal inexistente. (Grifos nossos)¹¹

¹⁰ CÓDIGO PENAL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm.

¹¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Rio: Forense, 1959, 2ª ed., p.461-462.

Explica o eminente professor Nelson Hungria que o crime de denúncia caluniosa exige que o denunciante tenha ciência de que o afirmado não retrata os fatos, sabendo que o acusado é inocente; e tem a intenção de que seja instaurado o procedimento policial ou judicial contra ele. A consumação do delito tem lugar quando da instauração do procedimento. Chama a atenção, entretanto, que o julgamento somente ocorrerá quando da decisão, do inquérito, ou processo, cujo objeto foi a investigação e apuração do delito imputado falsamente.

No campo do direito comparado merece registro o crime de denúncia falsa descrito no § 164 do Código Penal alemão, no título III, que trata dos crimes e delitos contra a Administração da Justiça. Segue transcrição, em língua portuguesa, efetuada por Lauro de Almeida, do CP alemão de 1871, com a redação de 1969 e alterações até 1971:

FALSA ACUSAÇÃO

Artigo 164 (Falsa delação)

§ 1.º — Quem, perante uma autoridade ou funcionário competente para o recebimento de denúncia ou superior militar ou publicamente, de má fé delata alguém por ato punível ou por violação do dever de ofício ou do serviço militar, visando causar ou deixar que prossiga contra ele um processo oficial ou outras medidas oficiais, é punido, por falsa acusação, com prisão de um mês a cinco anos.

§ 2.º — Assim também é punido quem, com igual propósito, no § 1.º ou publicamente, de má fé e de modo efetivo, faz a respeito de outrem uma outra afirmação capaz de causar ou deixar que prossiga contra ele um processo oficial ou outras medidas oficiais.

§ 3.º — Enquanto pendente um processo iniciado em consequência da denúncia feita, devem ser suspensos o processo e a decisão sobre a falsa acusação.¹²

¹² DE ALMEIDA, Lauro. Código Penal Alemão. São Paulo: José Bushatsky : Universidade, 1974, p.181-182

Strafgesetzbuch (StGB) Ausfertigungsdatum: 15.05.1871
Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz in Zusammenarbeit mit der juris GmbH
Zehnter Abschnitt
Falsche Verdächtigung

Em comentários ao artigo 164, Franz von Liszt, em seu *Tratado de Direito Penal alemão*, elucida:

I.— A collocação systematica da denuncia falsa offerece difficuldades especiaes. Conforme um ou outro d'entre os bens juridicos, contra os quaes se dirige a denuncia falsa, é posto no primeiro plano em razão da conformação variavel do processo penal, o crime em questão muda de caracter: ora apparece como indução da justiça em erro, ora como calumnia qualificada, ora como sério compromisso para a segurança juridica do individuo. Segundo o C. p. imp., que collocou no cap. 10 da 2. parte a denuncia falsa entre os crimes concernentes ao juramento e relativos á religião, e considera como essencial a denuncia dada á autoridade, deve-se ter por decisivo o primeiro dos alludidos pontos de vista,— o attentado contra a administração da justiça, comquanto a disposição do art. 165 bem mostre a afinidade entre a falsa denuncia e a calumnia. Importante consequencia d'esta concepção é que o consentimento dado pelo denunciado não tem influencia.

II.— Segundo o direito romano, a falsa accusação (qualificada por uma lei Remmia de 693 a. u., e posteriormente pelo *Senatus consultum Turpilianum* do anno 61 da era christã) entrava no numero dos três crimes de que se podia fazer culpado o accusador. Esses tres crimes eram, segundo a 1. 1º, § 1º, D., 48, 16: 1.º o *calumniare (falsa crimina intendere)*, 2.º a *proevaricatio (vera crimina abscondere)* 3.º a *tergiversatio (omnino ab accusatione desistere)*. A pena, desde o período imperial, era o talião ligado

§ 164 Falsche Verdächtigung

(1) *Wer einen anderen bei einer Behörde oder einem zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Amtsträger oder militärischen Vorgesetzten oder öffentlich wider besseres Wissen einer rechtswidrigen Tat oder der Verletzung einer Dienstpflicht in der Absicht verdächtigt, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen ihn herbeizuführen oder fort dauern zu lassen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

(2) *Ebenso wird bestraft, wer in gleicher Absicht bei einer der in Absatz 1 bezeichneten Stellen oder öffentlich über einen anderen wider besseres Wissen eine sonstige Behauptung tatsächlicher Art aufstellt, die geeignet ist, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen ihn herbeizuführen oder fort dauern zu lassen.*

(3) *Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer die falsche Verdächtigung begeht, um eine Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe nach § 46b dieses Gesetzes oder § 31 des Betäubungsmittelgesetzes zu erlangen. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren Strafgesetzbuch (StGB). 1871.*
Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>.

com a infâmia. Além d'isto, a *lex Cornelia de sicariis* punia a dolosa provocação de uma condenação em crime capital.

As fontes da idade média mencionam relativamente muitas vezes a falsa acusação, sem que, todavia, a distinguisse de um modo bastante preciso, de um lado, da calúnia, e do outro, da não prosecução da acusação levantada, e não raro comminavam (tanto as leis barbaras como as compilações) a pena de talião.

A Carolina no art. 110 trata sómente do libello diffamatorio (§ 94). Mas a praxe do direito commum, em relação com a generalisação e o aperfeiçoamento do processo inquisitorial, estendeu as disposições desse art. á denuncia falsa dada a uma autoridade, e substituiu-se ordinariamente o talião (que ainda encontra-se no art. 1.431 do *Allg. Landrecht* prussiano) por penas arbitrarías. Só na legislação territorial cessou a ligação entre a denuncia falsa e o libello famoso e converteu-se a denuncia falsa em crime *sui generis*, cuja verdadeira collocação systematica continúa a ser discutida pelos criminalistas, como d'antes.

III.—Segundo o C. p. (art. 164), o crime de que se trata consiste em dar alguém denuncia a uma autoridade, imputando a outrem de má fé a pratica de uma acção punivel ou a violação de um dever do cargo ou do serviço.

A falsa accusação, como a palavra denuncia o está mostrando, supõe indubitavelmente a actividade espontânea do denunciante («voluntariedade da denuncia»); não está pois neste caso a declaração feita por quem é interrogado como testemunha ou acusado. Na apresentação de uma accusação privada póde dar-se denuncia no sentido da lei. Só a denuncia mesma, e não o arranjo artificial de indicios ou a suppressão de provas da defesa, incide na lei.

A accusação deve ser dirigida contra determinada pessoa; a imputação feita a um individuo imaginário é tão isenta de pena quanto a falsa denuncia da própria pessoa. (Grifos nossos)¹³

Por sua vez, o mestre Galdino Siqueira, em comentários ao Código Penal de 1890, aduz:

Não se distinguia, porém, de modo preciso a falsa accusação da calúnia ou diffamação. O código francez, de 1810, art. 373, qualificou a falsa accusação, ou como a denomina, *denunciação*

¹³ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal allemão*. Vol.II. Tradução de José Hygino: Lehrbuch des deutschen Strafrechts Rio: Brigueit, 1899. Obra fac-similar Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/institucional/biblioteca>>.

calumniosa, inspirado na concepção de constituir uma espécie de calúnia, olvidando que não se trata de um crime privado, de um atentado á honra, mas sobretudo de um atentado contra instituições do Estado, pois justamente a instituição que é destinada a proteger o direito, por esse crime se converte em instrumento da injustiça, visando a punição do innocente. Aproximando-se desta directriz o código allemão colloca o crime em questão entre os concernentes ao juramento e relativos á religião, tendo como decisivo o atentado á administração da justiça, por isso que considera essencial a denuncia dada á autoridade, enquanto outros códigos o classificam entre os contrários á fé publica, como o toscano, e outros mais precisamente contra a administração da justiça, como o italiano. Neste código se denomina a falsa accusação de *calumnia* (art 212), e de *diffamação* o atentado á honra pela imputação de facto determinado e tal a expôr a pessoa ao desprezo ou ao odio publico (art.. 393).

Diversificam ainda os codigos quanto á latitude do crime de falsa accusação, pois ao passo que o allemão fal-o consistir na imputação falsa da pratica de uma acção punivel ou da violação de um dever do cargo ou do serviço (art. 164), o francez (art. 373), o belga (art. 445) e o portuguez (art 245), não especificando, têm sido interpretados como se referindo a crime, contravenções e a factos que, verdadeiros, dariam logar a suspensão ou demissão de emprego, e restringindo a factos puniveis a imputação falsa, estatuem os codigos toscano (art. 257), o sardo (art. 375), o italiano (art. 212), o do cantão de Ticino (art. 178), o hespanhol (art. 340), o austriaco (art.209), etc. (Grifos nossos)¹⁴

Vemos, assim, que o delito de denunciação caluniosa demandou inúmeras discussões ao longo do tempo e assumiu diferentes facetas e características, identificando-se distintas soluções legislativas, as quais variaram de acordo com a época e o país.

O Promotor de Justiça Jorge Assaf Maluly, depois de esclarecer que, na atualidade, há uma tendência, em diversos países de se entender a conduta prevista no artigo 339 do CP, como inserida dentre os delitos contra a Administração da Justiça, esclarece que:

¹⁴ SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*. (Segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência) Fac-símile de: Rio de Janeiro: Jacyntho, 1932. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496211>.

[...] é a Administração da Justiça. O funcionamento regular da atividade judiciária fica comprometido com a atribuição da autoria de um crime à pessoa que o agente sabe ser inocente. A intervenção dos órgãos e agentes responsáveis pela persecução penal ou de atos caracterizadores de improbidade administrativa é exigida inutilmente pela notícia enganosa, desviando a sua atenção dos ilícitos verdadeiros ou dos seus efetivos autores.

De igual modo, porque a máquina estatal se movimenta contra uma pessoa inocente, a sua liberdade pessoal, ou seja, o seu *status dignitatis* também é exposto a perigo pela existência de uma persecução penal ou de uma investigação ou ação instaurada pela imputação de ato de improbidade administrativa.

Além disso, é claro que a acusação falsa, além de prejudicar a atividade judiciária, ofende também a honra da vítima.¹⁵

Da mesma forma, que a sociedade exige uma atuação efetiva do Estado e de suas instituições, no combate a crimes, seja os que atingem o indivíduo, como nos crimes contra a pessoa, seja nos crimes que atingem a coletividade, esperando que a polícia e o MP estejam devidamente aparelhados, para bem cumprirem suas atribuições, por outro lado, o cidadão não quer acreditar, e não espera, que a sua paz e tranquilidade, possam, a qualquer momento, ser alvos de ações delituosas, colocando-o em situação de dupla fragilidade, pois ele, além de ser vítima de um delito, qual seja a calúnia, em um momento inicial, não usufrui dos mecanismos existentes, na sociedade, para a sua defesa, eis que esses, se voltam contra ele, característica do crime de denunciação.

No caso da calúnia, a vítima aciona o Estado, a fim de que aquele que o caluniou seja processado pelo delito, mas na hipótese de denunciação caluniosa, de vítima de uma calúnia, o indivíduo assume o papel de investigado do cometimento de um crime e tem que se defender, com risco de, caso não consiga instruir devidamente o procedimento, vir a ser denunciado por crime que não cometeu, quando, de fato, é vítima de denunciação caluniosa.

¹⁵ MALULY, Jorge Assaf. *Denunciação caluniosa*. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. 2ª ed., p.29-32.

3 O PROCESSO E ALGUMAS ANÁLISES

A absurdidade da situação levou um dos maiores escritores do século XX a tematizá-la e transformá-la em uma das obras mais lidas nos últimos cem anos, *O Processo*¹⁶, diante da qual, o leitor não fica impassível. É tomado pelas mais variadas emoções, dentre as quais, a indignação.

O estilo literário de Franz Kafka, que envolve, numa nuvem de mistério a trama, sem detalhar e especificar as situações, contribui para que o leitor vivencie a angústia em que a personagem, que retrata um cidadão probo e comum, se viu mergulhada, criando uma empatia com essa.

Tais situações são de extrema magnitude e no entrelaçamento da literatura com o direito, ganham a dimensão merecida na obra *O Processo*, de Franz Kafka.

Estudiosos das mais variadas áreas se debruçaram ao longo de um século sobre a obra, abordando diversos e variados aspectos. No entanto, apesar de a leitura que ora se apresenta não descaracterizar as inúmeras interpretações realizadas por especialistas dessas diversas áreas, o ângulo de abordagem do presente trabalho diz respeito ao aspecto criminal e social da situação.

De maneira inovadora, a leitura realizada se valeu do Direito e de sua aplicação prática no mundo da vida, ou seja, a experiência, como Promotora da Justiça Militar, atuando em sede extrajudicial, possibilitou identificar o delito de denúncia caluniosa insculpido em *O Processo*. A atividade cotidiana com noticiantes e noticiados, descortina um lado da natureza humana, que é a motivação de noticiantes em causar prejuízos a noticiados, que sabem inocentes, imputando-lhes a prática de um crime, perante o Ministério Público, em função do dever desse de investigar qualquer notícia de cometimento de delito.

O estudo, nesse diapasão, privilegiou os termos empregados pelo autor em seus aspectos jurídicos, o que possibilitou identificar a coerência da narrativa, que apesar da incompletude da obra, permite o acesso a múltiplos sentidos em diversos níveis de leitura e interpretação.

¹⁶ KAFKA, Franz. *O Processo*. Tradução de Modesto Carone. São Paulo. Companhia das Letras, 2004.

Como dito acima, o tipo penal comum é mais amplo que tipo penal militar, vez que esse, para a caracterização do crime, exige a instauração de IPM ou a própria denúncia, a demonstrar que a atuação do Promotor para coibir a prática do delito ganha relevância.

A obra *O Processo*, de Kafka, envereda, além da denúncia caluniosa, por inúmeras questões relativas à Justiça, ao Poder Judiciário e aplicação das leis processuais, objetivando, através da literatura, que a sociedade reflita sobre esse quadro.

Para tanto, inicia-se com a primeira frase, do primeiro parágrafo da obra, tendo como referência a publicação de Roland Reuss, pela Stroemfeld Verlag, de 1997, com base nos manuscritos de Kafka, *Historisch-Kritische Ausgabe sämtlicher Handschriften, Drucke und Typoskripte*¹⁷. A edição organizada por Max Brod, e consagrada pela tradição, também se inicia com essa frase. Na nossa tradução temos: ‘Alguém tinha que ter caluniado Josef K., pois, sem que ele tenha feito algo de mau, foi, em uma manhã, preso’¹⁸.

Para a compreensão da frase inaugural, se faz necessário o estudo interdisciplinar, o qual permite o diálogo, com novas possibilidades de apreensão de sentidos do escrito, analisando-se a obra sob óticas diferenciadas, mas complementares. Os estudos técnicos não devem permanecer estanques e isolados, mas constituir fonte para a análise literária e propiciar à sociedade elaborar, de forma mais aprofundada, uma compreensão do contexto.

A obra atravessou o século XX e ainda é de notável atualidade, assim como a perspectiva do autor, quanto às questões do Direito e da Justiça, com vistas à garantia dos direitos e das liberdades. Kafka, através de sua narrativa, impele o leitor a realizar reflexões e pensar sobre essas questões que interessam a todo homem, na esfera individual, e na coletiva.

A prisão de K., que para muitos é absurda, não é impossível dentro de uma sistemática penal e processual penal, no caso do crime de denúncia

¹⁷ KAFKA, Franz. *Der Process*. (Historisch-Kritische Ausgabe sämtlicher Handschriften, Drucke und Typoskripte) Faksimilenachdruck. Frankfurt am Main: Stroemfeld Verlag, 1997.

¹⁸ *Jemand musste Josef K. verläumdet haben, denn ohne dass er etwas Böses getan hätte, wurde er eines Morgens verhaftet.*

caluniosa, mesmo nos dias de hoje. Não é ventilado nesse capítulo inicial, tampouco ao longo da obra, o delito motivador da prisão, o qual, em tese, *K.* teria cometido para ser preso. Esse é um ponto essencial para a compreensão de objetivos do autor, pois a tipificação de condutas e procedimentos legais sofrem alterações ao longo do tempo, como a própria penalização de condutas, acompanha a evolução de cada sociedade. Acaso Kafka especificasse o crime imputado a *K.*, objeto da calúnia, tiraria o foco tanto do procedimento criminal adotado, quanto do crime cometido contra *K.*. Fundamental lembrar que em nenhum momento da obra afirma-se a culpa de *K.*, ao contrário, sempre é apregoada a sua inocência.

Faz-se necessário mais que o conhecimento da terminologia jurídica, que, de forma isolada, se mostra insuficiente para a compreensão do texto. De toda sorte, mesmo a análise técnico-jurídica não pode prescindir do amplo recurso às técnicas metodológicas próprias da ciência do direito, incluindo a histórico-comparada.

Exemplo das limitações de uma interpretação realizada com enfoque exclusivamente jurídico temos no artigo escrito por Renata Asali-van der Wal e Aliona Dosca.

Professoras especializadas, a primeira em linguística e literatura, e a segunda em filologia e tradução, elas analisaram os termos jurídicos de capítulos da obra, mas entendidos isoladamente, fora da sua temporalidade, ou seja, uma interpretação que impõe o tempo presente, com institutos de hoje e, portanto, dissonante da complexidade da obra, na busca de sentido autêntico.

Na revista *Studia austriaca*, do *Forum Austriaco di Cultuira a Milano*, da Universidade de Milão, Renata Asali-van der Wal e Aliona Dosca lançam o artigo: *A terminologia jurídica como ampliação da articulação literária em 'O Processo' de Franz Kafka*.¹⁹

¹⁹ ASALI-VAN DER WAL, Renata; DOSCA, Aliona. *Die Rechtssprache als Erweiterung der literarischen Artikulation in Franz Kafkas «Der Prozess»*, *Studia austriaca* XIX (2011) Editor: Fausto Cercignani, p.143. Disponível em: <http://riviste.unimi.it/index.php/StudiaAustriaca/article/view/1952/2202>.

Inicialmente, as autoras dão conta que, tanto em *O Processo* quanto em outras obras de Kafka, como *O Veredicto*, *Colônia Penal* e *Diante da Lei*, há o entrelaçamento da literatura com o conhecimento técnico.

A contribuição que elas propõe é justamente analisar os conceitos jurídicos, pois, afirmam que, apesar de muitos cientistas terem interpretado Kafka, poucos pesquisaram a terminologia de seu vocabulário. A pesquisa se dá especificamente quanto aos termos jurídicos do primeiro e do segundo capítulo, da obra organizada por Max Brod, entendendo suficientes para demonstrar a tendência quanto à utilização desses termos na obra. Verificam, inclusive, o quão frequente e intensivamente Kafka utiliza essa terminologia jurídica; se esse uso ocorre de maneira regular ao longo da obra; e, se a tensão forense criada se dá com base na abundância dessa terminologia jurídica.

Quanto à questão da ambiguidade da terminologia jurídica em *O Processo*, reportam-se a frase de abertura do romance, a qual, segundo elas, permanecerá obscura até o final e, também, a culpa existencialista do indivíduo à espera de uma sentença. Entendem que é descrito uma prática jurídica relativamente real de um código de processo penal, que Kafka conhecia muito bem, dado o seu conhecimento jurídico, o qual é descrito em detalhes. Aqui se reportam à obra de Janko Ferk, juiz e escritor austríaco, que se debruçou sobre o texto de Kafka, inclusive, o analisando à luz da legislação da época. No entanto, as autoras entendem que os institutos utilizados são encontrados no processo penal contemporâneo, mesmo que analogicamente. Entendem que a temática do texto está na fronteira de dois mundos, o que trata das coisas usuais da vida e do que é costume no tribunal.

Afirmam que a forma como *K.* utiliza termos jurídicos não se coaduna com outras entradas do romance e não podem ser precisamente definidas, transformando o sistema penal em um sistema de poder. Segundo elas, Kafka estava convencido que a justiça frequentemente pode ser inacessível. *K.* é em *O Processo* colocado como vítima do absurdo, assim como, de injustos jogos de poder, de policiais que tem parte no processo.

Mesmo lembrando, que segundo Ferk, Kafka não precisou inventar em relação ao direito penal, pois o absurdo era reconhecido por juristas e, também,

afirmar que os institutos, órgãos e figuras eram integrados no romance, as autoras questionam como funciona essa integração na obra de Kafka. Assinalam que não há a descrição de um curso natural de processo penal, analisando isoladamente os institutos e apontando inconsistências do texto na aplicação desses. Apenas identificam a execução da sentença, como única fase processual retratada de forma discernida na obra.

Sem embargo, a execução de *K.*, criminal ou criminosa, teve origem na denúncia caluniosa de que foi vítima, o que muda todo o panorama da situação e, por consequência, as interpretações realizadas, que tenham desconsiderado essa premissa.

Consoante Asali-van der Wal e Aliona Dosca, a sentença, o delito e a culpa são perceptíveis apenas de forma indireta. A análise desmantela a prisão, a figura do advogado, mesmo reconhecendo que Ferk afirmou que à época, até para o advogado o acesso aos autos não era tão fácil e que a terminologia tinha pertinência com a temporalidade de Kafka. Remetem a uma culpa moral e que o desconhecimento da lei, configuraria a culpa de *K.*.

Elas entendem que em *O Processo* o procedimento burocrático tem uma autonomia, considerando ainda que Kafka através de sua escrita faz com que o leitor enverede por uma busca da verdade, apesar de estar claro, que ele não pode encontrá-la. Kafka é bem-sucedido em poetizar a linguagem, do dia a dia, dando-lhe sentidos ambíguos. O discurso literário de Kafka atua de forma a utilizar uma palavra, do discurso usual ou técnico, mas possibilitando a adoção de outros significados.

Ainda, de acordo com as autoras, a linguagem de Kafka é evidentemente influenciada pelo seu conhecimento profissional, mas entendem que ele apenas utilizou os termos de sua profissão, de forma a que a linguagem jurídica servisse como uma articulação literária, em uma duplicidade de sentido, mesmo que alegações sejam suposições não confirmadas. Não reconhecem qualquer crítica ao sistema jurídico de sua época. O jurídico está a serviço de uma ampliação da articulação literária. Kafka cria uma atmosfera mística, sendo que as numerosas repetições de termos jurídicos amplificam o efeito do dito: É óbvio que Kafka utiliza a linguagem jurídica. Fica a pergunta se esta serve apenas ao poético ou

se há uma relação entre os modos de compreensão da lei numa sociedade e o romance²⁰ (Tradução nossa).

Assiste razão às autoras quanto à importância de uma leitura que considere os dois aspectos, o jurídico e o literário, para a compreensão de *O Processo*; sendo certo, que uma interpretação que envolva outras áreas, tais como sociologia, psicologia, religião, pelo enriquecimento e abertura de novas possibilidades e sentidos, sempre será legítima.

O presente estudo demonstra, entretanto, diversamente do concluído pelas autoras, que os termos jurídicos empregados em *O Processo*, guardam coerência com o sistema jurídico de sua época e tem pertinência com quadro desenhado por Kafka. Partiu-se do método histórico-comparado, no campo da metodologia da ciência do direito, associado ao método fenomenológico, criado por Husserl, como marcos teóricos da investigação.

Assim, dadas as características do texto, o prisma jurídico é uma porta de acesso aos conteúdos, necessário, mas não suficiente. Essa condição básica para interpretação da obra exige que o sujeito mantenha uma abertura intelectual permanente, o que se concretiza através da filosofia, vez que a percepção do injusto no vivido, possibilita enxergar, pela apreensão dos sentidos de justiça e injustiça, o que está pulsando no texto.

Uma leitura à luz da filosofia demonstra o caráter de perenidade e permanente atualidade da obra, e, possibilita o acesso aos variados sentidos advindos do texto, libertando esses das amarras da tecnicidade.

A literatura, atuando em conjunto com a filosofia, permite ao leitor a experiência de, ao vivenciar a personagem principal, *Josef K.*, efetuar uma reflexão ética sobre a situação vivida por ele e outras situações do cotidiano que recebem o adjetivo kafkianas, pela injustiça que revelam.

O processo judicial retratado na obra não é um processo linear como esperado por muitos – e criticado pelas autoras, acima mencionadas. A radicalidade das situações descritas na obra, bem como, o aspecto psicológico

²⁰ *Es ist offensichtlich, dass Kafka die juristische Sprache verwendet. Es stellt sich nun die Frage, ob dies lediglich der Poetik dient oder ob es eine Beziehung zwischen der Arten des Rechtsverständnisses in einer Gesellschaft und im Roman gibt.*[1]

de sofrimento de variadas personagens, caracteriza a discussão de institutos políticos-jurídicos, tal qual vivenciados à época e, mesmo, até hoje existentes, além da própria situação processual de seus atores, seja do acusado, do advogado, do juiz, do acusador.

Kafka não se referiu ao curso de um processo específico, mas conhecedor de todo o sistema judicial, utilizou sua principal figura, o processo, para transmitir ao leitor toda a dinâmica que envolve a atuação da Justiça, do Poder Judiciário, que ultrapassam os limites da jurisprudência, pelo que foram merecedores, por ele, de representação não convencional.

O processo judicial – sua natureza jurídica e finalidade – serviram de base para a crítica de Kafka, que perpassa por sua origem e objetivo, ou seja, tal como concebido pelos romanos, um instrumento para solução dos conflitos intersubjetivos.

O distanciamento entre as questões teóricas e a realidade fática determina incontáveis problemas de aplicação e concretização da lei. Atento a isso, Kafka, com sua capacidade, através da escrita literária, expôs e possibilita a discussão desses pela sociedade. Vê-se que Kafka, trazendo as questões processuais para a literatura, entende que o debate não deve ficar adstrito ao meio científico, até mesmo porque o resultado atinge a todos e a cada indivíduo.

Registre-se que as situações narradas em *O Processo*, de Kafka, constituem a materialização do injusto no processo judicial, como procedimento; agindo assim, Kafka desperta o espanto em cada um, a fim de que o leitor possa vasculhar não somente seus preconceitos, seu conceito de injustiça e o que espera deva ser a aplicação da Justiça.

Nessa moldura, uma análise das leis penal e processual penal da época, e a evolução que elas mesmas marcaram, muito ilustra o uso do Direito feito por Kafka, mas, deve ser realizada considerando o prisma filosófico, para se levar ao questionamento maior, de como a Lei, tal qual aplicada por seres humanos, deixa de ser o idealizado, para se transformar em mecanismo de infinitas e infundáveis injustiças, até mesmo porque a capacidade do ser humano de exercício da perversidade e crueldade é incomensurável. Kafka, também, trabalha essa questão em *Na Colônia Penal*, onde lembra, inclusive, que no nível coletivo isso se agrava.

Outro conjunto de dados a ser considerado, por sua relevância, é o que engloba as questões pertinentes ao momento de produção da obra. Em que pese *O Processo* ter sido iniciado, muito provavelmente, em agosto de 1914, não há no livro registro da época na qual se desenvolve a trama, tampouco do lugar.

O detalhamento da situação, seja com relação ao tipo penal imputado a *K.*, ou ao local de cometimento do delito, poderia aclarar os institutos de penal e de processo penal utilizados na trama, mas, como já dito, acaso fornecesse tais dados, além de eles representarem um caráter delimitador, direcionando os enfoques de análise para outras questões, como os motivos de cometimento do crime, a influência de *K.* na ação, no sentido de estudos da vitimologia, a adequação específica de procedimentos processuais, gerar-se-ia discussões em nível técnico e não filosófico, pois, cada um elaboraria e externaria sua opinião com a convicção característica de operadores e estudiosos das diversas áreas. Ao passo que a nebulosidade imposta à obra, não só permite que todos discutam seu conteúdo, sabendo que todos têm razão e ao mesmo tempo não têm razão em suas conclusões, pois nada pode ser efetivamente afirmado. Kafka é efetivo em provocar o questionamento no leitor e no cidadão, quanto a aspectos filosóficos e norteadores dos próprios fins do Direito e da Justiça

A determinação do crime de denunciação caluniosa, apesar de singular, frente às centenas de estudos elaborados, não descaracteriza o mistério que encobre a obra, ao contrário, descortina uma perspectiva e abertura para outros e novos caminhos, no emaranhado de situações ali embutidas.

De qualquer sorte, para fins de estudo e determinação de hipóteses, foram utilizadas as leis penais e processuais penais que Kafka conheceu ao longo de sua formação; e consultados, como fontes primárias, livros técnicos publicados proximamente à promulgação dos códigos que estavam em vigor, no Império Austro-Húngaro: o *Strafgesetz* – StG (Código Penal) de 1803, com as alterações de 27 de maio de 1852; e o *Strafprozeßordnung* – StPO (Código de Processo Penal) de 1873. Na Alemanha, o *Strafgesetzbuch* – StGB (Código Penal) data de 15 de maio de 1871, e o *Strafprozeßordnung* – StPO (Código de Processo Penal) de 1º de fevereiro de 1877.

Destaca-se, nesse contexto, a importância do Direito Romano. Ressalte-se que na Alemanha, o Código Civil alemão entrou em vigor em 1900, ou seja, até essa data vigorava o direito civil romano, a demonstrar que não tinha apenas um cunho histórico, mas uma linha de permanência do direito vivido por Kafka. No curso de Direito, na Universidade Alemã de Praga, então Império Austro-Húngaro, quando do ingresso de Kafka, o estudo do Direito Romano possuía extensa carga horária, tendo ele frequentado várias disciplinas que abordavam diversos aspectos desse.

A utilização do método histórico-comparado, inclusive das normas vigentes à época, suas dificuldades, questões então discutidas, permite apreender sentidos advindos daquele contexto.

Desde o começo do século XX, importantes professores de língua alemã, Eugen Ehrlich, Rudolf Stamler, Hermann Kantorowicz discutiam relevantes teorias sobre o “Direito Justo”.

Mesmo na atualidade, a influência do estudo do direito romano é retratada por Giorgio Agamben, filósofo italiano, formado em Direito, conhecido pelos seus trabalhos sobre teoria literária e filosofia, que, ao discutir o conteúdo do primeiro parágrafo de *O Processo*, com aspecto interdisciplinar, recorreu a esse direito.

A interpretação de Giorgio Agamben²¹, o qual dá notícia que, a partir do que Davide Stimilli lembrou em conferência²² realizada sobre os aspectos do direito romano para a leitura de *O Processo*, em especial do fato de ser tatuado K na frente do caluniador é extremamente interessante.

Stimilli teve papel fundamental, ao chamar a atenção para o direito romano, eis que, na época atual, com enfoque voltado para operadores de direito e o aprendizado de textos legais, muitos cursos não dão a importância devida ao estudo da evolução do próprio Direito.

²¹ AGAMBEN, Giorgio. *The work of Giorgio Agamben: Law, Literature, Life*. Edinburgh: University Press, 2008, p.13.

²² Warburg Institute de Londres, em 20 de maio de 2006, conforme consta da tradução Nudità (Nudez), na lista das principais obras citadas.

A partir disso, Agamben elaborou estudo no qual sustenta que se está diante de uma calúnia cometida por *Josef K.* contra ele mesmo, sendo *K.* um falso acusador.

Segundo ele, *K.*, mesmo não tendo a certeza de que estava sendo acusado, consoante fala do inspetor, e sendo um ‘detido’ que não teve restrição em sua liberdade de ir e vir, esforça-se em penetrar no tribunal, enquanto espaço físico, o que faz, em locais que não eram o Tribunal, como os sótãos, depósitos etc. Assim, *K.* se dirige ao tribunal, mesmo quando não foi chamado, oportunidade em que admitiu, sem necessidade, ser acusado. Agamben cogita mesmo que não se trate de um processo verdadeiro, existindo apenas na medida em que *K.* o reconheça, como fez durante o primeiro inquérito.

Agamben tem como certo que para Kafka todo homem produz um processo de calúnia contra si mesmo, inexistindo a culpa, ou melhor, a única culpa é a de caluniar-se, ou seja, acusar-se de uma culpa inexistente. Entende, fundamentado no direito romano, que *Josef K.* é culpado não só da calúnia, porque caluniou a si mesmo, mas da prevaricação (concorrência de acusador e acusado), pelo acordo consigo, oposta à calúnia, e, tergiversação (abandono da acusação), no caso por não concordar com a própria acusação, no sentido em que prevarica, pois tenta se esquivar dessa. No texto, Agamben faz a distinção entre a auto calúnia e confissão, destacando-se: “Mas aquele que se acusou falsamente, enquanto acusado, está por isso mesmo na impossibilidade de confessar, e o tribunal só pode condená-lo como acusador se reconhece a sua inocência como acusado.”²³

Por outro lado, Agamben entende que Kafka quer chamar a atenção para o princípio segundo o qual não há pena sem culpa, e que a acusação se fundamenta na culpa.

Do texto, Agamben aponta como evidência o fato de o inspetor no momento da prisão, não poder afirmar que *K.* havia sido acusado e também, por ele, após a sua prisão, continuar andando livremente. Aponta, além disso, que *K.* afirmou que o processo só existia na medida em que ele o reconhecia.

²³ AGAMBEN, Giorgio. *NUDEZ. K.* Belo Horizonte: Autêntica, 2014. Kindle.

Entende mesmo que *K.*, quando da conversa com a *Senhorita Bürstner*, ao não hesitar em lhe pedir para que falsamente o acusasse de agressão, cometeu auto calúnia. Ainda, quando estava na catedral, o capelão mostrou de maneira clara e afirmou que o tribunal nada queria dele, que o admitia quando ele vinha e se despedia quando ele ia embora. O tribunal não o acusava, apenas acatava a acusação que ele havia cometido contra ele mesmo.

Afirma, ainda, que o ponto de partida de Kafka é que cada um traz um processo calunioso contra si mesmo. Por isso seu universo não pode ser entendido de maneira trágica, mas cômica, onde a culpa não existe, ou a única culpa é auto caluniação de uma inexistente culpa. Agamben identifica o kafkiano em *O Processo* nesse sentido de que o autor do delito saiba que o sujeito que ele está caluniando é inocente, mas ao cometer esse delito, na modalidade de auto denúncia, exatamente por se saber inocente, é culpado por cometer a calúnia.

De qualquer sorte, Agamben indaga o motivo pelo qual *K.* e qualquer pessoa falsamente acusa a si mesmo e responde que qualquer homem, inclusive *K.*, se auto calunia para submeter-se à lei e à acusação da qual não pode fugir.

Entende, inclusive que o tribunal só pode condenar aquele que se acusou falsamente, se reconhece a sua inocência como acusado, o que não vimos em *O Processo*. Afirma que a estratégia de *K.* é a tentativa falida de tornar impossível a confissão, mas remonta à evolução da tortura como meio de prova e lembra que, tão-somente pelo medo da tortura, muitas pessoas confessavam, antes mesmo de terem uma efetiva acusação contra elas; o que pelo valor probatório concedido, entendida a confissão como a prova por excelência, o sujeito era condenado. Kafka se sentia atraído pela ligação entre a tortura e a verdade e vê a execução do capítulo final de *O Processo* como uma cena de tortura.

Segundo o filósofo, a parábola *Diante da Lei* deve ser entendida como a acusação através da qual o sujeito é envolvido com a lei, sendo que sempre se inicia pela, auto calúnia, daí o acusado ter que acreditar que a porta é para ele, e que o tribunal está a lhe exigir algo e, que talvez exista um processo contra ele. Para Agamben, não existe nenhum processo e sequer uma acusação, no entanto, tal situação se altera na medida em que o sujeito se acusa a si mesmo quando acredita que está sendo acusado. O fato de o sujeito da porta afirmar

que o indivíduo não pode entrar e depois dizer que a entrada era destinada só para ele não caracteriza necessariamente uma contradição, pois o indivíduo só será acusado por si mesmo, ou seja, somente o próprio indivíduo pode se colocar na condição de acusado²⁴.

Ressalte-se, no presente trabalho, chegou-se a conclusões discrepantes das acima expostas por Agamben. No entanto, o entendimento de Agamben, quanto à parábola, é interessante ao entender que o guardião representa, na verdade, todos os funcionários do tribunal, do mais simples ao mais alto juiz, os quais tem sempre por objetivo compelir à autoacusação, e que a porta não leva a lugar algum, que não ao processo. Para Agamben o fato de o camponês ter passado a vida estudando o porteiro lhe permitiu viver até o final de sua vida fora do processo, o que não aconteceu com *K.*²⁵. Pode também ser entendido que, o fato de ele não ter feito a pergunta certa, e não ter identificado que a porta era só para ele, e que talvez nem devesse pedir autorização para entrar, foi o que o manteve do lado de fora, sem alcançar a lei ou mesmo o direito.

Nesse ponto, diferentemente de Agamben, não se pode dizer que o camponês viveu fora no processo, no sentido de liberdade, pois ele desperdiçou a sua existência na porta, e apesar de poder-se entender que ele tinha a possibilidade de ir embora, o fato é que ele mesmo não acreditou nisso e ali ficou. Ele também não precisou da sentença condenatória para ter a sua vida arrasada, a consequência da espera foi não ter usufruído de sua existência. Pode-se mesmo caracterizar que nunca se chegou a uma solução de mérito no processo do camponês, que ficou limitado às questões de forma.

Os estudos aqui elaborados identificaram que Kafka em *O Processo* não está narrando a história de um jurisdicionado, Josef *K.*, mas está trazendo a público as fragilidades do próprio processo. A história narrada é do processo, não de um processo específico, mas de inúmeros percalços e vicissitudes que um processo pode sofrer. O processo deveria ser apenas o meio, o caminhar, o instrumento de realização da justiça, mas acaba por se transformar no instru-

²⁴ AGAMBEN, Giorgio. *The work of Giorgio Agamben: Law, Literature, Life*. Edinburgh: University Press, 2008, p.21.

²⁵ *Ibidem.*, p.21.

mento de tortura do jurisdicionado, que nele entra, mas não sabe como vai sair, e mesmo se vai sair.

Quando se diz que o Tribunal não tem interesse no processo, o acolhe quando vem e se despede quando vai, diversamente do que entendeu Agamben, como que aguardando a autoacusação, é uma assertiva que demonstra, claramente, que Kafka faz a distinção entre direito material e direito processual.

O processo tem sua existência própria e independente do direito material, objeto da ação. Além disso, quando se fala em processo, de fato, quer e se espera, que quem lida com o procedimento não tenha nenhum interesse nele, o que é extremamente positivo. Assim, quanto ao procedimento, ninguém que atue no tribunal pode ter interesse nele e no seu resultado, o que garantiria, em tese, que o indivíduo não corre o risco de ser prejudicado.

Observa-se, dessa forma, que muitas das interpretações, voltadas para a busca da identificação da culpa da personagem principal, procuram caracterizar e comprovar essa culpa, a explicando de diferentes formas: culpa moral-ética e dentre essas, a culpa de não conhecer a lei; de mesmo não tendo feito mal a alguém, K. não fez algo que deveria; a culpa religiosa, em não entender a provação divina, até mesmo porque se reconhecesse sua culpa não morreria feito um cão; ainda, a culpa quanto às mulheres, culpa em relação à sociedade, ao grupo; partindo-se também para a concepção de que ninguém é inocente de todo, são interpretações que não aceitam, na maioria das vezes, que *Josef K.*, quanto ao processo ao qual foi submetido, não tem culpa alguma. Kafka ao longo de todo *O Processo* em momento algum descreveu, indica ou faz alusão que caracterize a culpa de K., quanto a crime que tenha cometido a justificar responder um processo criminal.

Dentre as obras, que se debruçam sobre a culpa de K., cabe lembrar o texto de Coralie Camilli, professora da *Université Paris-Est Créteil: Joseph K. Est-il coupable?*²⁶, cujo subtítulo é *Calomnie et faux-témoignage: la question de la culpabilité de K.*.

²⁶ CAMILLI, Coralie. *Joseph K. Est-il coupable?*, Les Cahiers Philosophiques de Strasbourg. Les philosophes lisent Kafka.v.33-2013, p. 85-108.

Para Camilli se ele nada fez de mal, é culpado por não ter feito nada de bem, por ter faltado com seus deveres.

Realiza uma crítica à interpretação de Agamben, entendendo que o caminho adotado leva a uma contradição, pois se a prisão é errada, como pode ter a marca da culpabilidade, da calúnia tatuada. A saída de Agamben é a auto calúnia, autoacusação. Posição respaldada em poucas passagens do livro. Entende Camilli que essa interpretação caracteriza uma aporia e que não constitui razão suficiente à execução da pena capital, o que faz com base no direito hebraico.

Se Agamben se refere à lei romana *Remmia*, Camilli se apoia no direito hebraico. Para ela, a maioria das interpretações tem K. como vítima de uma justiça incompetente, de advogados corruptos, de uma burocracia autoritária e mesmo de uma calúnia, partindo do princípio da inocência e que o processo é uma farsa injusta, mas sem aprofundar a questão da natureza da acusação e da culpabilidade. Camilli formula uma série de perguntas que os pesquisadores deixam sem respostas: no que consiste a acusação; do que ele é culpado; aos olhos de quem; qual foi o seu erro. Ainda, a própria calúnia, é uma hipótese não verificada e, que se K. foi de fato preso, sem nada ter feito de mal, pode-se entender essa prisão como uma injustiça flagrante, se contentando em dizer que é uma prisão sem motivos nem fundamentação; ou mesmo, partir de uma outra suposição que não a calúnia.

Camilli foca no falso testemunho, esclarecendo que a calúnia se situa na seção geral do falso testemunho. Esclarece a valoração do testemunho no direito hebraico, que tem como uma de suas características a importância da palavra da testemunha, mas salienta que nesse, não há sanção para o falso testemunho, depois da execução da sentença. A origem está no Deuteronômio, capítulo 19, versículos 16-21, prevendo o olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé. Essa passagem será discutida no *Talmud*, que especifica o momento a partir do qual a sanção por falso testemunho é aplicável, sendo que, após controvérsias, parece que só se pode condenar à morte aquele que cometeu o falso testemunho, somente se o ‘falsamente’ acusado, ainda estiver vivo. No entanto, se aquele que foi falsamente acusado já tiver sido morto, pelo tribunal, mesmo que condenado com base no testemunho calunioso, não é mais

possível condenar o autor do falso testemunho, entendendo-se, assim, que se a sentença já fora executada, a reparação não é mais possível, pois de nada serve sentenciar à morte o que cometeu o falso testemunho. Segundo Camilli, para o direito hebraico é tarde demais, pois este tem como princípio de que não se pune *a fortiori*, se referindo a autora a termo *qal vaomer*, que em português, pode ser entendido como, quem pode o mais pode o menos.

Caso a sentença do tribunal, até aquele momento, não tenha sido pronunciada, ainda é tempo de inocentar um inocente e condenar um culpado, realizando a justiça, ou seja, a reparação ainda é possível. Ressalta Camilli que para o direito hebraico, o falso testemunho atinge não somente aquele acusado falsamente, mas os princípios divinos, estabelecendo distinções pelo uso da palavra: as palavras têm um valor efetivo e o falso testemunho visa alterar essa função da linguagem operando um retorno ao caos. Assim, a palavra da testemunha, pela sua importância é parte do julgamento, tanto quanto a palavra do juiz. Daí as regras de desqualificação da testemunha serem as mesmas que as do juiz.

Para Camilli, é contraditório que K. tenha imposto a si mesmo um falso testemunho e seja punido por essa calúnia, considerando que o falso testemunho só é punível se o acusado ainda não foi condenado e, considerando ter K. sido condenado erradamente, ressaltando que para ela essa não é a hipótese de *O Processo*, mas de qualquer sorte, sendo executada a sentença, com a morte de K., não pode mais ele ser punido por sua própria calúnia. De qualquer sorte, não poderia receber a letra K em sua frente, pois após a sua condenação e morte, não se admitia a sua punição, pela ação, intitulada por Camilli como, falso-testemunho. Sintetiza afirmando que ele seria de um lado um inocente condenado e um culpado liberado e, no mesmo processo, de um lado executado e de outro deixado vivo. Entende ainda que é juridicamente impossível um testemunho calunioso contra si, mesmo em face do direito hebraico.

Questiona Camilli que, se a calúnia não é a razão da prisão de K., no que consistiria a sua culpabilidade e como dever-se-ia compreender a sua prisão. Considerar a prisão como um absurdo, além de não dar conta de aspectos do romance, também levaria a uma interpretação literal, colocando K. apenas como vítima de um sistema burocrático e judiciário.

Se apoiando em Hanna Arendt, Camilli, aponta como sendo a interpretação mais usual, que a problemática do romance trata do funcionamento desonesto da máquina burocrática, no qual é inocentemente apanhado o herói; é um conflito entre o mundo, descrito como uma máquina e o herói que procura destruí-la, sendo que, para Arendt, nenhum homem é absolutamente inocente.

Essa leitura e outras vão em busca de saber se K. é culpado ou inocente, se seu processo é justificado ou não, indo em sua grande maioria no sentido de que K. é inocente. No entanto, para Camilli, a injustiça de *O Processo* não é a de condenar um inocente, entendendo que dentro do romance não existe inocência; mas de condenar um culpado a uma pena que não é adequada a seu crime. A questão não é de inocência ou culpabilidade.

Para Camilli, entender K. como inocente é colocar ao romance questões inadequadas, ou trazer respostas a questões que *O Processo* não levanta. K. foi preso e é, portanto, culpado de alguma coisa. Entende que ao discutirmos sua culpabilidade e sustentarmos sua inocência é a própria desconsideração da sua prisão e contestar o começo do romance. Segundo Camilli, o romance nos transporta para um universo sem inocência, fato que não pode ser refutado e, o que impediria de entrar no universo kafkiano.

Nesse ponto da trajetória de Camilli, não há como não se observar que é um entendimento de uma radicalidade que fere o bom senso, pois no mínimo ignora a existência do erro judiciário, esse ao final reconhecido, quando já há o trânsito em julgado, e, ignora a Professora muito mais a hipótese de uma prisão ilegal, a qual pode ter se dado por erro, dos mais variados matizes, inclusive de pessoa, ou no caso de homônimos e, tantas outras situações que existem no dia a dia da atividade policial, com o que a premissa fixada no trabalho de Camilli, por ser falsa, macula as conclusões daí advindas. Por outro lado, identificar que K. foi vítima de denúncia caluniosa, descaracteriza essas considerações de Camilli.

Para Camilli, pode-se discutir, no caso de K. as causas, mas não se pode negar os fatos, Kafka narra os fatos, não discute as causas. O fato de não sabermos os motivos da prisão não leva à conclusão de que são errados. Para

ela é uma falsa questão acreditar que um inocente é preso em um processo injustificado, uma injustiça.

O romance se centra não na injustiça, mas na relação do acusado com a lei. Nesse sentido K. é culpado de não ver que o processo é a única maneira de acessar ‘As Portas da Lei’; que o processo é o meio de acessar a lei; seu erro foi não levar à sério o processo; de negar tudo. Para a autora, que K. esqueceu de: conhecer a lei e reconhecer legítima a sua aplicação. Este seria o erro de K. e mesmo a sua infração.

Afirma Camilli que o estudo da lei passa pelo exame minucioso de detalhes e regras jurídicas enunciadas nos textos e que o erro de K. foi se recusar a elaborar esse estudo, considerando seu processo como uma brincadeira que não merecia qualquer credibilidade. Para ela, sua atitude é a de um acusado que nega a sua acusação, quando deveria aproveitar o processo para estudar a lei, seus detalhes e suas aplicações. A problemática estabelecida na obra é de cunho jurídico e não ético, ela não trata da culpa ou da causa, mas da pena aplicada e da maneira como deve ser compreendida.

Camilli se questiona se o sentimento de absurdo e as angústias se apresentam porque o desenvolvimento do processo de K. se dá através do olhar de uma personagem que simplesmente não compreende nada. *O Processo* parece absurdo porque K. nunca entrou no coração do seu procedimento, ele o viu de longe. Tem-se que aceitar ser acusado para poder-se provar a inocência. K. não ultrapassou o sentimento de ‘ser culpado’ para o de ‘ser acusado’, respaldando-se em trechos do romance nos quais K. afirma nada entender do discurso jurídico.

Camilli critica ainda o fato de que K. permaneceu estranho à sua situação de acusado, e que sua recusa em atender a interpelação judicial e da lei, fez com que não se constituísse em sujeito, daí seu processo parecer absurdo, pois só se julga o indivíduo. No desenvolvimento de seu raciocínio afirma que o sujeito que atende ao chamamento da justiça é transformado em sujeito e em culpado, já que todos têm uma culpa ou cometeram um erro qualquer, hipótese que se entende enquadrar *O Processo*.

Coloca nova questão quanto ao motivo pelo qual pode ser considerado um erro passível de condenação à morte, o fato de não se sentir culpado e de não

ter atendido ao chamado da justiça, entendendo pela importância que o estudo da Lei tem no acesso às Portas que parecem fechadas. Nessa acepção religiosa o direito é a fonte dos princípios morais, consoante remissão de Abraham Weingort.

A crítica é a de que K. sequer tem o interesse em questionar acerca de sua culpa, não duvidando nunca de sua inocência e não procurando saber as causas de sua prisão.

Camilli aponta o comportamento de K. na audiência, enumerando detalhes insignificantes de sua prisão, também criticado por Ron Naiweld, reportando-se ao *Yom Kippour*, como fundamento, ao que soma que, mesmo depois de ter decidido assumir a sua defesa, K. não o faz efetivamente.

Importante registrar, que destoa-se da autora, também, quanto a este ponto, pois o comportamento de K., na audiência, é o protesto quanto à condução do procedimento, em total descumprimento dos preceitos prescritos, garantidores do cidadão e da lisura do procedimento e do próprio processo. Dentre os muitos questionamentos efetuados por K., os quais nunca podem ser considerados insignificantes, tem-se o chamamento à Justiça, a clareza nas comunicações, a qualificação do indiciado e do acusado, a dignidade e respeito no tratamento do preso, o acesso ao processo e à acusação.

Segundo Camilli, a parábola *Diante da Lei* é interpretada sob a ótica religiosa, entendendo poder-se estabelecer um paralelo entre o que ocorre na parábola e a própria situação de K., concebendo que o homem voluntariamente quer conhecer a Lei, ao passo que K. lá está em razão do seu processo; e que a dificuldade de acesso para aquele homem é imposta pelos guardiões e, para K., pelos incompreensíveis procedimentos judiciais. O homem em vez de estudar a lei, estudou o guardião, e K. se perdeu em futilidades.

No presente estudo, como já destacado, não há que se entender que as críticas elaboradas por K. ao sistema processual sejam futilidades, na medida em que tratam da segurança do jurisdicionado, quando tem de enfrentar um processo judicial, não importa a sua natureza e mais ainda um processo criminal, em que o está em jogo é a sua liberdade. Já o camponês da parábola não teve o fundamental direito de acesso à Justiça assegurado, não conseguindo sequer passar pela porta, o que afetou toda a sua existência. Mais uma vez, não se pode

desprezar os efeitos que as ações, nos mais diversos ramos, podem ter na vida das pessoas, ficando indivíduos, por exemplo, impedidos de exercer profissões, continuar com atividades das mais variadas naturezas, como vê-se em questões comerciais; além dos não menos devastadores resultados em ações de questões de família e de Varas de Órfãos e Sucessões, dentre diversas possibilidades de danos de outra natureza.

A posição de Camilli, enquanto baseada no direito hebraico, esse um direito religioso, ditado por Deus, imutável, mas interpretado pelos rabinos, a quem cabe adaptá-lo, sem modificá-lo, não é aqui questionada. Entende-se, que o trecho do capítulo *Na Catedral*, publicado na obra *Um Médico Rural*, como *Diante da Lei*, certamente, possui uma interpretação, seja segundo a religião ou o direito hebraico, consoante suas tradições, seja respaldado em outras ciências e outras interpretações, inclusive, sob a ótica jurídica.

De qualquer sorte, observamos que Camilli recorreu à figura do falso testemunho, para se contrapor a Agamben, no entanto, não se viu em *O Processo*, em nenhum momento, K., prestar um depoimento falso, perante um tribunal, mesmo que se pudesse compreender que o interrogatório do investigado K. na primeira audiência, seja esse depoimento como testemunha, até mesmo porque a situação processual ocupada por K., desde a deflagração da obra, foi a de investigado e preso. Além disso, naquela única audiência que compareceu perante um tribunal, falou toda a verdade que conhecia de sua situação e do seu vivido, o que também não permite caracterizar como tendo feito afirmação falsa, negado ou calado a verdade.

O falso testemunho está caracterizado no Deuteronômio, no capítulo 19, versículos 16 a 21, observando-se logo antes a distinção da atual figura do homicídio culposo do doloso, nos versículos 1-6, ao especificar que o homicídio involuntário, por inadvertência, ocorrido por um acidente, hoje chamado de culposo, não previa a pena de morte, mas ao contrário, entendia-se que quem o cometera deveria se refugiar em outra cidade para salvar sua vida, ao passo que, ao tratar do homicídio praticado por ódio, hoje, doloso qualificado, previa que os anciões entregariam aquele que praticara tal homicídio ao vingador do

sangue para ser morto. Mais adiante no versículo 15 se refere aos marcos da herança, a partir de então é que trata do falso testemunho:

16. Se se apresentar uma testemunha falsa contra um homem, acusando-o de uma má ação,
17. ambos os contendores comparecerão diante do Senhor, na presença dos sacerdotes e dos juízes que estiverem em exercício naqueles dias.
18. Depois de uma cuidadosa investigação feita pelos juízes, se se verificar que se trata de um falso testemunho, e que a testemunha fez contra o seu irmão uma falsa deposição,
19. vós o tratareis como premeditara tratar o seu irmão. Assim, tirarás o mal do meio de ti
20. para que os outros, ao sabê-lo, tenham medo, e não ousem mais cometer semelhante falta no meio de ti.
21. Não terás compaixão: vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé.²⁷

Assim, a figura do falso testemunho se dá dentro de um processo julgado por sacerdotes e juízes, os quais emprendiam uma ‘cuidadosa investigação’ e verificado o falso testemunho era aplicada a lei do olho por olho, expressamente com o intuito de inibir condutas semelhantes.

Já a figura da calúnia, é encontrada no próprio Deuteronômio, em seu Capítulo 22, no qual vemos também associada à figura da difamação, cabendo a sua transcrição:

13. Se um homem, depois de ter desposado uma mulher e a ter conhecido, vier a odiá-la,
14. e, imputando-lhe faltas desonrosas, se puser a difamá-la, dizendo: ‘Despousei esta mulher e, ao aproximar-me dela, descobri que ela não era virgem’,
15. então o pai e a mãe da donzela tomarão as provas de sua virgindade e as apresentarão aos anciãos da cidade, à porta.
16. O pai dirá aos anciãos: ‘Dei minha filha por mulher a este homem, mas porque ele lhe tem aversão,
17. eis que agora lhe imputa faltas desonrosas, pretendendo não ter encontrado nela as marcas da virgindade. Ora, eis aqui as provas

²⁷ Deuteronômio, 19 *Bíblia Católica Online* Leia mais em: <https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/deuteronomio/19/>

da virgindade de minha filha'. E estenderão diante dos anciãos da cidade a veste de sua filha.

18. E os anciãos da cidade tomarão aquele homem e o farão castigar,

19. impondo-lhe, além disso, uma multa, de cem siclos de prata, que eles darão ao pai da jovem em reparação da calúnia levantada contra uma virgem de Israel. E ela continuará sua mulher sem que ele jamais possa repudiá-la.

20. Se, porém, o fato for verídico e não se tiverem comprovado as marcas de virgindade da jovem,

21. esta será conduzida ao limiar da casa paterna, e os habitantes de sua cidade a apedrejarão até que morra, porque cometeu uma infâmia em Israel, substituindo-se na casa de seu pai. Assim, tirarás o mal do meio de ti.²⁸

A difamação e a calúnia como descritas não se davam dentro de um processo, como o falso testemunho, esse, pela descrição de Camilli, já era à época, apesar de toda a discussão que se travou posteriormente, quanto ao bem jurídico tutelado, visto como um atentado à justiça.

Nos Salmos, Capítulo 14, versículo 3 encontramos:

1. Salmo de Davi. Senhor, quem há de morar em vosso tabernáculo? Quem habitará em vossa montanha santa?

2. O que vive na inocência e pratica a justiça, o que pensa o que é reto no seu coração,

3. cuja língua não calunia; o que não faz mal a seu próximo, e não ultraja seu semelhante.²⁹

Assim como, no Eclesiástico, Capítulo 26, versículo 7:

“5. Meu coração teme três coisas, e uma quarta faz empalidecer de pavor o meu semblante:

6. a denúncia de uma cidade, o motim de um povo,

7. a calúnia, coisas estas mais temíveis que a morte;³⁰

²⁸ Deuteronomio, 22 Bíblia Católica Online Leiamaisem: <https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/deuteronomio/22/>

²⁹ Salmos, 14 - Bíblia Católica Online Leiamaisem: <https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/salmos/14/>

³⁰ Eclesiástico, 26 Bíblia Católica Online Leiamaisem: <https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/elesiastico/26/>

Por fim, em Jeremias, Capítulo 9, versículo 3:

3. Que se mantenha em guarda cada um de vós contra o amigo. Nem mesmo do irmão vos deveis fiar, pois que todo irmão procura suplantar, e todo amigo calunia.³¹

Essas situações acerca da calúnia demonstram o mal, dentro de um meio social, que a mentira visando desqualificar o outro ou mesmo imputando a ele a prática de algo reprovável ou criminoso, causam naquele meio; com consequências que podem ser irreversíveis para aquele que foi difamado ou caluniado. Objetivava-se, desde aquela época, punir os que assim procediam. As condutas eram previstas e censuradas.

O Código de Hamurabi, previa em seus primeiros artigos o falso testemunho:

1º - Se alguém acusa um outro, lhe imputa um sortilégio, mas não pode dar a prova disso, aquele que acusou, deverá ser morto.
2º - Se alguém avança uma imputação de sortilégio contra um outro e não a pode provar e aquele contra o qual a imputação de sortilégio foi feita, vai ao rio, salta no rio, se o rio o traga, aquele que acusou deverá receber em posse à sua casa. Mas, se o rio o demonstra inocente e ele fica ileso, aquele que avançou a imputação deverá ser morto, aquele que saltou no rio deverá receber em posse a casa do seu acusador.
3º - Se alguém em um processo se apresenta como testemunha de acusação e, não prova o que disse, se o processo importa perda de vida, ele deverá ser morto.³²

A injúria e difamação, previstas no artigo 127 também estavam ligadas à honra da mulher: 127º - Se alguém difama uma mulher consagrada ou a mulher de um homem livre e não pode provar se deverá arrastar esse homem perante o juiz e tosquiar-lhe a frente.

³¹ Jeremias, 9 Bíblia Católica Online Leiamaisem: <https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/jeremias/9/>

³² BOUZON, Emanuel. *O Código de Hammurabi*. Petrópolis: VOZES, 1986.

Apesar dessas diferenças entre a calúnia e o falso testemunho, a fundamentação de Camilli como crítica à posição de Agamben se dá considerando que o falso testemunho, no direito hebraico é associado à calúnia, mas não esclarece a motivação de seu entendimento.

Ademais, Camilli critica K., por não se interessar pelas questões de seu processo e pelo estudo da lei, inclusive, pelo discurso de K. ao desaprovar os jargões jurídicos, pois disse que falavam de forma que nada entendia, todavia, não faz muito sentido manter essa posição apesar de K. depois assumir a sua defesa, e, Camilli, desconsidera o esforço da personagem nesse sentido e mantém a crítica sob o argumento de que não o fez satisfatoriamente, ou seja, entende que K. não entrou verdadeiramente em seu processo, K. não assumiu o processo de forma séria.

Como já salientado, entende-se que Kafka critica toda a estrutura, desde o chamamento à Justiça; a dificuldade que à época se tinha para acessar as informações e ter efetivo conhecimento das imputações e conteúdos processuais; as práticas correntes, que se opunham aos avanços legislativos; a discussão de que o foco tinha que ser a ação, a conduta criminosa e não o autor do fato, o que já estava sendo implementado na Alemanha, mas ainda era embrionário no Império Austro-Húngaro. Kafka também se referiu as dificuldades de compreensão do cidadão quanto à terminologia, especificidades e técnica do Direito, muitas das vezes inacessível ao leigo. Essa também é a realidade em nossos dias. Através de um emaranhado de legislação, o cidadão, só recebe a notícia final, de que perdeu seu processo; mesmo convicto que tinha razão e direito, se depara com uma sentença injusta e nada pode fazer, sendo que o resultado, muitas das vezes, se deu em razão da condução do feito. A não prestação jurisdicional de mérito, com frequência, é fundamentada em institutos processuais. Todas as críticas estão estampadas em O Processo, e, culpar K., entendendo certa uma condenação, mesmo que simbolicamente à morte, por não se ter interessado pelas leis, pergunta-se qual cidadão conhece todas as leis em vigor em seu país? Tal, seguramente, é impossível. A levarmos tal argumento às últimas consequências, todo demandado em uma ação judicial deveria imediatamente iniciar um curso de Direito, a fim de que bem pudesse compreender as leis e

o seu processo. Lembre-se ainda, que mesmo para os que fizeram o curso de Direito, mas estejam impedidos de advogar, têm que constituir um advogado e, apesar de conhecerem as leis em vigor, e, hipoteticamente, se interessarem pelo processo, acaso o advogado perca um prazo de recurso, prevalecerá uma sentença condenatória, o que invalida a tese de Camilli.

Por outro lado, se fôssemos para o aspecto religioso e fosse tão simples a interpretação da Palavra, não precisaríamos dos rabinos, pastores e padres, cuja missão é torná-la acessível, cada qual dentro de sua religião. Por mais que o indivíduo, vivendo dentro de sua religiosidade tente compreender a Palavra, sabe que não a alcançará em sua integralidade e não pode ser punido por isso. Condenar e punir K. porque não se interessou por estudar as Leis religiosas ou as leis do processo, entendendo que essa é a intenção de Kafka, parece limitar o alcance da obra.

Se *Josef K.*, não cometeu crime, não pode ser condenado por ter, como ser humano, uma culpa incrustada em sua natureza. A análise é realizada dentro da perspectiva do direito penal e do processo penal, já dentro da discussão travada à época, quando se objetivava a punição do fato e não do autor, foco existente ainda na Áustria de então, ou seja, pode-se estar diante do maior criminoso, que sabidamente cometeu as maiores atrocidades, mas, se quanto ao processo ao qual está sendo submetido, não for comprovada a autoria, quanto aquele delito específico, além da própria materialidade e culpabilidade, não há que se condená-lo, simplesmente porque ele não é uma boa pessoa. Essa era uma das alterações do sistema penal que foi realizada e muito discutida naquela época.

A valer outro entendimento, o próximo passo seria a desnecessidade de processo para qualquer condenação, pois como os adeptos dessas posições salientam, o ser humano sempre vai ter alguma culpa e, se sabidamente todos somos culpados, não haverá mais a necessidade de um processo, pode-se passar direto para a execução da pena. Afora, que ela desconsidera, totalmente, a hipótese de erro judiciário, partindo do princípio, que deve ser tido como absoluto, que se alguém foi preso, tem um bom motivo para isso.

4 A CALÚNIA E A DENUNCIÇÃO CALUNIOSA NO StG DE 1803

Vê-se que a doutrina das mais variadas áreas concentrou o foco e esforços no crime que K. teria cometido e em sua culpabilidade, deixando de lado o crime que causa revolta no leitor quando tem seu primeiro contato com obra, essa motivada pelo sentimento de injustiça, pois expõe a situação de alguém poder ser submetido a uma imensa ‘violência’, vinda do próprio Estado, na medida em que é inocente.

A linha de pesquisa desenvolvida, utilizando-se da interdisciplinaridade, ao analisar a frase introdutória da obra, como ressaltado por Asali e Dosca, encontra palavra existente no vocabulário popular e que ao mesmo tempo caracteriza um tipo penal, qual seja *Verläumdung* (calúnia). Assim, realizou-se uma pesquisa quanto ao delito na legislação austríaca de direito penal, da época.

Ressalte-se, aqui, que o título do capítulo primeiro, conhecido por *Verhaftung. Gespräch mit Frau Grubach. Dann Fräulein Bürstner* (Detenção. Conversa com a senhora Grubach. Depois com a senhorita Bürstner) foi dado por Max Brod.

Kafka, não colocou título no capítulo, prevalecendo a primeira frase: “*Jemand musste Josef K. verläumdet haben,*” (Alguém tinha que ter caluniado Josef K.) o que tira o foco da detenção e destaca o termo calúnia.

Consideradas as limitações de um artigo, destaca-se os principais pontos de nosso estudo quanto a questão da calúnia:

O crime de calúnia é tipificado pela imputação falsa, a outrem, de fato definido como crime. Com isso, quem cometeu crime não foi K., mas foi aquele que o caluniou, que de alguma forma, fez chegar à autoridade pública ou policial, informando falsamente que K. teria cometido algum crime, aqui já temos a indicação de um outro delito, o qual no código austríaco da época, figurava no mesmo parágrafo da calúnia. Como todos sempre lembram, o crime, imputado à K. por essa pessoa que o caluniou, não é identificado no decorrer da trama.

No código penal em vigor em 1852, no Império Austro-Húngaro, o delito de calúnia, é descrito no § 209, conforme extraído do sítio da Biblioteca

Nacional Austríaca, nos seguintes termos: “Quem imputa a alguém um crime perante a autoridade, ou o acusa de alguma forma, a fim de que sua acusação possa servir à instauração um inquérito oficial ou ainda de uma investigação contra o acusado, é culpado pelo cometimento do crime de calúnia”³³ (tradução nossa).

Por sua vez, determina o § 210:

§ 210 A prisão do caluniador é, em regra, prisão fechada de um até cinco anos; que pode ser prorrogada até dez anos, quando: a) o caluniador se utilizou de uma malícia especial, para tornar crível a acusação; ou b) colocou em grande perigo o acusado; ou quando c) o caluniador é criado/empregado, companheiro de casa ou subalterno do caluniador, ou se é funcionário da repartição do caluniado (tradução nossa).³⁴

Vê-se assim, que a descrição, no § 209, abarca duas figuras, as quais em outras legislações, mesmo da época, não se encontram inseridas no mesmo artigo. Temos a própria calúnia, que é a imputação a alguém de um crime, e aqui a legislação exigia que fosse um crime, não bastava atentar contra a imagem do indivíduo, tinha que afirmar que ele cometera alguma ação que era enquadrada como crime. Só que, ao mesmo tempo, para caracterizar o delito, o ‘caluniador’ só poderia responder pelo crime de calúnia, se ele mesmo levasse ao conhecimento da autoridade a imputação e, em razão disso, fosse desencadeado um inquérito ou uma investigação contra o acusado, para apurar a conduta criminosa, que a autoridade acreditou ter ocorrido. No Império Austro-Húngaro,

³³ *Fünf und zwanzigstes Hauptstück. Von der Verläumdung. §. 209. Verläumdung. Wer Jemanden wegen eines angedichteten Verbrechens bei der Obrigkeit angibt, oder auf solche Art beschuldigt, daß seine Beschuldigung zum Anlasse obrigkeitlicher Untersuchung, oder doch zur Nachforschung gegen den Beschuldigten dienen könnte, macht sich des Verbrechens der Verläumdung schuldig. Österreichische Nationalbibliothek [1] Allgemeines Reichs-Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Österreich 1852 S. 493ff.*

³⁴ *§. 210. Strafe. Die Strafe des Verläumders ist in der Regel schwerer Kerker von einem bis auf fünf Jahre; dieser ist aber bis auf zehn Jahre zu verlängern, wenn a) der Verläumder sich einer besonderen Arglist, um die Beschuldigung glaublich zu machen, bedient; oder b) den Beschuldigten einer größeren Gefahr ausgesetzt hat; oder wenn c) der Verläumder ein Diensthote, Hausgenosse, oder ein Untergebener des Verläumdeten ist, oder ein Beamter die Verläumdung in seinem Amte ausgeübt hat Österreichische Nationalbibliothek [1] Allgemeines Reichs-Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Österreich 1852 S. 493ff.*

para responder pela calúnia, não bastava imputar a alguém a prática de um crime, isso tinha que ser afirmado perante a autoridade.

Com isso, foca-se no delito de calúnia, esse o próprio tipo penal do código da época, no entanto, a figura descrita englobava o delito de denúncia caluniosa, ponto em torno do qual se desenvolve de toda a obra *O Processo* de Kafka.

Já na Alemanha, a calúnia não estava ligada a imputação de crime. Para ilustrar como era o direito penal alemão à época, utiliza-se a obra de Franz von Liszt, cuja nacionalidade era austríaca e um dos maiores doutrinadores da época. Considera-se, inclusive, que Kafka tenha estudado a doutrina dele, cabendo transcrever o *Tratado de Direito Penal alemão*, 1895, em tradução de José Hygino, autorizada pelo próprio autor, datada de 1899.

Assim, o crime, tal qual em vigor na Alemanha, no tempo de Kafka, era previsto no artigo 185, que trata da injúria propriamente dita, como a expressão da desconsideração em que alguém tem outrem, manifestada por um juízo ou afirmação de fatos que envolvessem um juízo.

Já o artigo 186 previa a periclitación da honra pela difamação ou maledicência, isto é, afirmar ou divulgar fatos em relação a outrem, que sejam próprios a tornar desprezível ou rebaixar na opinião pública a pessoa a quem são atribuídos, e cuja verdade não se possa provar. Esclarece que a maledicência não é ofensa, mas periclitación da honra; não é expressão de desconsideração, mas a comunicação de dados que podem ocasionar a desconsideração por parte de outros, o que tem que se dar perante outras pessoas, sem a presença da vítima.

Por sua vez, o artigo 187 previa a periclitación da honra pela calúnia, a qual distinguia-se da difamação ou maledicência, pois ao invés de se referir a fatos ‘cuja verdade não se pode provar’, aqui, na calúnia dizia respeito a fatos ‘que não são verdadeiros’. Outra diferença apontada em relação à difamação é que exigia que o agente atuasse de má fé, ou seja, bastava afirmar ou espalhar um fato que lhe parecesse duvidoso, entendido como dolo indeterminado,

hoje seria o genérico. Afirmar Liszt que havia coincidência com demais circunstâncias constitutivas da maledicência³⁵.

Galdino Siqueira, ao comentar os crimes contra a honra e a boa fama, previstos no Título XI, do Código Penal de 1890, assinalava que eram crimes contra a integridade moral do homem, os crimes como a calúnia e a injúria.

Decidido que se trata de uma figura penal prevista no Código Penal austríaco em vigor à época, a questão a ser enfrentada é, respeitados os indicativos textuais, a verificação técnico-jurídica do delito objeto da investigação, ou seja, se estamos diante da calúnia ou da denúncia caluniosa, pois na Áustria de então, diferentemente de outras legislações, as duas situações estavam descritas no mesmo tipo penal, cuja rubrica era calúnia e, incursionava nas penas desse delito, quem cometia a denúncia.

A grande diferença entre a calúnia e a denúncia caluniosa, como extraído das obras dos vários juristas citados, é que, para a configuração da denúncia, não basta a imputação falsa de um crime a outrem, quem comete o delito, tem que levar isso ao conhecimento da autoridade pública ou policial e, por causa dessa denúncia ter desencadeado contra o inocente um procedimento criminal.

Ora, se o romance começa com a prisão de K., por um guarda e, ele afirmando a sua inocência, já estamos diante da denúncia e não somente de uma simples calúnia. Lembre-se com Nelson Hungria que tal crime tem o “propósito não apenas de ofender a honra do acusado, senão também, eventualmente, de molestar sua liberdade, submetendo-o, mediante engano do órgão policial ou judicial (assim desviado do seu funcionamento normal), ao vexame e opressão de uma investigação policial ou de um processo penal”³⁶.

Entende-se, assim, que o delito que permeia o romance é o crime contra K. cometido, que foi o de denúncia caluniosa.

³⁵ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Vol.II. Tradução de José Hygino: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* Rio: Briguiet, 1899. Obra fac-similar Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/institucional/biblioteca>> págs. 80/86.

³⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Rio: Forense, 1959, 2ª ed., p.461-462.

Escolher o crime de denúncia caluniosa como peça central, a partir da qual será desenrolado o novelo das questões tratadas no romance, já demonstra por si só uma agudeza de análise do sistema judicial penal.

Como dito, Kafka escolheu o crime que demonstra que o sistema é vulnerável, e, através do qual, o próprio sistema é atingido por esse crime. Desde há muito, quando a autoridade tem conhecimento do cometimento de um ato delituoso, é obrigada a adotar as medidas para investigar esse fato, e, se alguém vai até a autoridade e, ciente de que está cometendo um falso, diz que outrem cometeu um crime, em razão disso, é desencadeado contra um inocente toda uma série de procedimentos e atos de Estado, em situação avassaladora, isto significa que a autoridade foi usada para causar um imenso e, pode-se dizer, irretratável dano a um inocente. Só resta ao Estado punir esse indivíduo, condená-lo, aplicando e executando uma pena.

Nelson Hungria, na obra citada, ao tratar da denúncia caluniosa lembra que o direito romano incriminava, sob o *nomen juris calumnia*, o fato de “*falsa crimina intendere*” e, segundo a disposição legal da época, *lex Remmia*, aquele que havia cometido o delito deveria ser marcado na fronte com a letra K. Lembre-se, inclusive, que à determinada altura em latim escrevia-se *kalumnia*, *kalumniae*.

A forma como o romano lidava com essa situação, dentro do contexto de sua época, ou seja, tatuar o **K** na fronte daquele que cometera a calúnia e a denúncia caluniosa nada mais é do que a publicização da situação, ou seja, todos que chegassem perto daquela pessoa já saberiam, de pronto, que ela havia cometido esse crime, a tirar a confiança que pudessem depositar nela, o que dificultaria, inclusive, o cometimento de nova conduta, fosse caluniosa, fosse de denúncia.

A questão é de imensa relevância e persiste até nossos dias, pois continua a (correta) obrigação dos agentes públicos de investigar a notícia sobre qualquer situação que, em tese, possa caracterizar um delito. Daí ser uma conduta gravíssima, que impõe uma severa resposta do Estado, no entanto, na prática, muitas das vezes, identificar o falso denunciante é tarefa difícil.

O *Processo* trabalha com situações limítrofes de forma a demonstrar que a denúncia caluniosa é um crime sério, pois, mesmo que Kafka tivesse retratado um Poder Judiciário e toda a sistemática como instituições integradas por indivíduos hermeticamente probos, a denúncia caluniosa, crime do qual *Josef K.* foi a vítima, sujeito passivo mediato, e a Administração da Justiça o sujeito passivo imediato, determina pela sua natureza, que foi deflagrada uma investigação contra *Josef K.*, em manipulação, seja do Poder Judiciário, seja da autoridade policial, para investigar um fato imputado falsamente a *Josef K.*.

Esse ponto é importante, pois, mesmo que Kafka estivesse registrando um panorama de uma justiça virtuosa, o delito de denúncia caluniosa, como já dito, atinge toda a credibilidade do sistema, pois o sujeito que é inocente, tem, de repente, toda a estrutura de investigação do Estado, voltada contra si e, terá que despende enorme energia para garantir que não seja dragado pela farsa, pois se assim não o fizer, como cidadão, dependerá do empenho de cada indivíduo que integra o sistema, para que, cumprindo o seu papel, descubra a falsidade e não só não processe o inocente, ou o absolva no caso de uma injusta denúncia, mas também, identifique o autor da denúncia, a fim de que esse possa ser submetido ao processo criminal e condenado pelo seu crime.

A leitura de Galdino Siqueira, acima transcrita, deixa claro que o § 209 do Código Penal Austríaco incluía o crime de denúncia caluniosa, em que pese a rubrica de ele se referir somente a calúnia.

“Alguém tinha que ter caluniado K” indica que alguém havia imputado a ele a prática de um crime, mas na medida em que ele estava sendo preso por guardas, representando o Estado, também significa que já havia sido acionado o Estado, que estava investigando com base em uma falsidade. Some-se a isso a afirmada inocência de *K.*, temos, então, configurada a denúncia caluniosa.

Importante ressaltar a figura do promotor público. *K.*, ao ser informado que estava detido, solicita telefonar para o seu amigo, o promotor público Hasterer, recebendo como resposta que não tinha sentido, a não ser que tivesse algum assunto particular a tratar com ele. Ora, *K.* estava diante, do que entendia ser uma prisão ilegal, a alusão ao promotor se dá no sentido de verificar a legalidade da situação, já que não estava sendo informado nem quem expedira

o mandado de prisão, nem o próprio motivo da prisão, o que para K. parecia absurdo. A resposta do inspetor possibilita dois caminhos, ao menos: demonstra que a prisão não se dava em âmbito de atribuição do promotor, como determinados procedimentos em vigor à época não passavam pelo Ministério Público, ou sequer era uma prisão revestida de legalidade.

No caso de K., o sujeito que imputou a ele uma conduta criminosa, e em razão disso, K. teve instaurado contra si todos os procedimentos que se viu na obra, só com a solução de seu processo é que o autor da denúncia poderia ser julgado; mesmo que denunciado, este processo teria que aguardar a decisão do processo de K., no qual teria que ser provada a sua inocência. Este não foi o rumo da história de Kafka. Vimos com Camilli, que no direito hebraico a solução era diferente, pois em razão da morte de K., o autor da denúncia ficava impune, ponto de coincidência com a trama e *O Processo*, mas pela não identificação da autoria do delito.

5 CONCLUSÃO

Demonstrou-se quão importante é a atuação proativa do Promotor da Justiça Militar para frustrar o cometimento do delito de denúncia caluniosa, eis que acostumado a ser chamado somente quando um crime já foi cometido, nesse caso, pode ele ser o instrumento para o cometimento do delito, quando da requisição de inquérito policial militar. É exigido da atuação, em sede extrajudicial, uma maior celeridade, pois não se pode atrasar o curso e aprofundamento das investigações, mas ao mesmo tempo, impõe-se uma eficiência quanto a decisão adotada, esperando-se que com as cautelas pertinentes não seja o instrumento para o cometimento do delito de denúncia caluniosa.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *The work of Giorgio Agamben: Law, Literature, Life*. Edinburgh: University Press, 2008.

AGAMBEN, Giorgio. *NUDEZ. K.* Belo Horizonte: Autêntica, 2014. Kindle.

ASALI-VAN DER WAL, Renata; DOSCA, Aliona. Die Rechtssprache als Erweiterung der literarischen Artikulation in Franz Kafkas «Der Prozess», *Studia Austriaca XIX* (2011) Editor: Fausto Cercignani. Disponível em: <http://riviste.unimi.it/index.php/StudiaAustriaca/article/view/1952/2202>.

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

BíbliaCatólicaOnlineLeiamaisem: <https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/>

BOUZON, Emanuel. *O Código de Hammurabi.* Petrópolis: VOZES, 1986.

CODIGO CRIMINAL DO IMPERIO DO BRAZIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm

CODIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>

CÓDIGO PENAL. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm

CAMILLI, Corali. *Joseph K. Est-il coupable?*, Les Cahiers Philosophiques de Strasbourg. Les philosophes lisent Kafka.v.33-2013, p. 85-108.

DE ALMEIDA, Lauro. *Código Penal Alemão.* São Paulo: José Bushatsky : Universidade, 1974.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Código Penal Alemão*. Tradução, Comparação e Notas. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

FERK, Janko. *Recht ist ein "Prozess"*. Über Kafkas Rechtsphilosophie. Wien: Atelier. 2006.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Rio: Forense, 1959, 2ª ed.

KAFKA, Franz. *Der Process*. (Historisch-Kritische Ausgabe sämtlicher Handschriften, Drucke und Typoskripte) Faksimilenachdruck. Frankfurt am Main: Stroemfeld Verlag, 1997.

KAFKA, Franz. *Der Prozess*. Berlin: Die Schmiede. 1925.

KAFKA, Franz. *O Processo*. São Paulo. Companhia das Letras, 2004

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Vol.II. Tradução de José Hygino: Lehrbuch des deutschen Strafrechts Rio: Briguiet, 1899. Obra fac-similar Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/institucional/biblioteca>

Österreichische Nationalbibliothek <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=r gb&datum=18730004&seite=00000611>

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*. (Segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência) Fac-símile de: Rio de Janeiro: Jacyntho, 1932. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496211>

SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal Militar da Republica dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: H.Garnier, 1903.

Strafgesetzbuch (StGB). 1871. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>

Strafproceß-Ordnung. Reichsgesetzblatt, 30. juni 1873. Disponível em: https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=BgblAlt&Dokumentnummer=rgb1873_0119_00397&ResultFunctionToken=ee9d7e95-1846-4d88-9779-6b7c fb19e719&Position=1&Titel=Strafprocess-Ordnung&Bgblnummer=&Stuecknummer=&Jahrgang=&VonKundmachungsdatum=02.12.1848&BisKundmachungsdatum=31.03.1940&ImRisSeit=Undefined&ResultPageSize=100&Suchworte=

Strafprozeßordnung (StPO). Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>.

Strafprozeßordnung für das deutsche Reich vom 1. Februar 1877. Gebundene Ausgabe. Disponível em: http://www.amazon.de/Strafprozeßordnung-deutsche-Reich-Februar-1877/dp/B012JINRW8/ref=sr_1_6.

Jurisprudência comentada

O Supremo Tribunal Federal como superego da sociedade: análise crítica do habeas corpus nº124306, em que se defende a descriminalização do aborto para gestações no primeiro trimestre

Katiuscya Cristine Siqueira de Pontes

Bacharel em Direito pela UNICAP. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Elpidio Donizete

RESUMO: A pesquisa realizada tem por objetivo principal analisar o Poder Judiciário tal como foi concebido no contexto das ideias de separação dos poderes e como hoje o mesmo se comporta. O presente artigo faz uma associação entre o artigo científico de Ingeborg Maus, “O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na sociedade órfã.” que retrata os excessos do Poder Judiciário Alemão, com a contemporânea atuação do Supremo Tribunal Federal. Sob esse enfoque, foi trazida a baila a recente decisão do STF, que poderá lastrear uma futura exceção ao crime de aborto, quando ocasionado no primeiro trimestre de gestação. Fazendo-se, a partir daí, uma análise crítica em relação a referida decisão e ao atual papel do STF. Para tanto, foi utilizada a seguinte metodologia: técnicas de pesquisa bibliográfica, tendo como base o estudo de livros doutrinários, artigos, revistas científicas, a legislação disponível e jurisprudência recente. Propondo, para tanto, sem exaurir a temática, a adoção do instituto da *self-restraint*, utilizado nos EUA, ou da cláusula do não obstante ou sistema dialógico, proveniente do Canadá, como soluções para uma atuação harmônica dos Poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Separação dos Poderes. Poder Judiciário. STF. Superego da sociedade. Possibilidade de descriminalização do aborto.

ENGLISH

TITLE: The Federal Supreme Court as a superego of society: critical analysis of habeas corpus nº124306, which advocates the decriminalization of abortion for first trimester pregnancies.

ABSTRACT: The accomplished research has for main objective to analyze the Judiciary Power just as it was conceived in the context of the ideas of separation of the powers and as today the same behaves. The present article makes an association among Ingeborg Bad scientific article, “The Judiciary as superego of the society: the paper of the activity jurisdiccional in the orphan society.” that portrays the excesses of the German Judiciary Power, with the contemporary performance of Federal Supreme court. Under that focus, the dance was brought the recent decision of STF, that will be able to lastrear a future exception to the abortion crime, when caused in the first quarter of gestation. Being done, since then, a critical analysis in relation to having referred decision and to the current paper of STF. For so much, the following methodology was used: techniques of bibliographical research, tends as base the study of doctrinaire books, goods, scientific magazines, the available legislation and recent jurisprudence. Proposing, for so much, without exhausting the theme, the adoption of the self-restraint institute, used in the USA, or the non-derogation clause or dialogical system, coming from Canada, as solutions for a harmonic performance of the Powers.

KEYWORDS: Separation of the Powers. Judiciary power. STF. Superego of the society. Possibility of descriminalization of the abortion.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O Poder Judiciário no contexto da separação dos Poderes – 3 O STF como superego da sociedade – 4 Habeas corpus nº 124306: possibilidade de descriminalização do aborto – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A temática a ser abordada no presente artigo constitui-se em problema de grande relevância, uma vez que com a ampliação de competência do Poder Judiciário, pela EC 45/04, somadas a descrença que paira na sociedade em relação às instituições políticas, fez com que este passasse de aplicador da lei – boca da lei – a provedor de expectativas de uma sociedade órfã dos demais poderes.

Inicialmente, perpassa-se por um breve histórico da separação dos poderes, trazendo à baila as ideias de Platão, Aristóteles e Montesquieu, focando na função primordialmente concebida ao Poder Judiciário até a sua relevante posição ocupada na sociedade.

Em seguida, foi considerado o estudo que a socióloga alemã, Ingeborg Maus, fez sobre o Poder Judiciário alemão, relacionando as super funções exercidas pelo Poder Judiciário Alemão com o conceito psicanalítico da figura paterna que culminou com a denominação desse poder de “superego da sociedade”.

Assim, partindo-se da premissa que essa relação e suas consequências podem ocorrer em quaisquer lugares, foi analisada recente decisão da 1ª Turma do STF, onde se discutiu sobre uma possível nova hipótese de exceção ao crime de aborto, julgamento este que deixa em evidência uma desarmonia entre os Poderes, bem como uma proeminência do Poder Judiciário.

Dessa forma, sem a pretensão de exaurir a problemática proposta, apresenta-se uma análise crítica em relação ao posicionamento do STF, na decisão citada e sob o contexto da separação dos poderes, bem como a apresentação de modelos utilizados em outros Estados, como prováveis soluções a autuação harmônica e independente dos Poderes.

2 O PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A separação de poderes está intimamente ligada ao que hoje se denomina de Estado Democrático de Direito, decorrendo das reflexões de vários

pensadores sobre a organização das sociedades ao longo do tempo, como uma forma de limitação do poder público.

Na obra *A República*, de Platão (2004, p. 1-467), infere-se, por meio de seus diálogos, que o homem perde sua virtude se o poder fica concentrado em suas mãos, sendo importante para ele a divisão de funções do Estado.

Por sua vez, Aristóteles (1998, p. 87), em seu livro *Política*, afirmou que em todo governo existem três poderes essenciais, quais sejam: o que delibera sobre negócios do Estado (função deliberativa); o que compreende todos os poderes necessários à ação do Estado (função executiva) e, o que abrangeria os cargos de jurisdição (função judicial).

Tal como conhecemos hoje, a estrutura dos três Poderes teve como principal idealizador Charles de Montesquieu (1689-1755), com sua obra *O Espírito e as Leis*, em 1748. O atual Ministro do STF, Gilmar Mendes, em sua obra *Curso de Direito Constitucional* (2014, p.53), representa sinteticamente e de forma clara como Montesquieu define a separação dos Poderes, senão vejamos:

Montesquieu apura o conceito de liberdade política, estremando--o da acepção de mera faculdade de se fazer o que se quer. Montesquieu define a liberdade como o poder de fazer tudo o que se deve querer, tudo o que as leis permitem e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar fazer. Essa liberdade necessita ser assegurada por uma Constituição que previna o abuso do poder, já que “todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites”. E o meio apto para a sociedade se precatar contra o desmando seria a correta “disposição das coisas”, propícia a que “o poder freie o poder”. Daí a separação entre os Poderes, para que um contenha o outro. Esses Poderes são identificados como Legislativo, Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e Executivo das que dependem do direito civil. Sobre os dois “Executivos”, Montesquieu diz: “chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado”

Para Montesquieu (2000, p. 175) imperaria a supremacia da lei, sendo o Judiciário um poder limitado praticamente à aplicação da lei aos casos concretos, sendo intitulado de “a boca da lei”.

Entretanto, essa visão não permaneceu e o judiciário teve suas funções expandidas, como por exemplo, nos casos de controle de constitucionalidade, nas proteções aos direitos fundamentais, em que o judiciário age muitas vezes como legislador, suprimindo as omissões, como também determinando bloqueio de contas para compras de medicamentos e intervenções cirúrgicas, ou seja, como um verdadeiro chefe do Poder Executivo.

Essas funções expandidas somadas à descrença que paira, na atualidade, sobre as instituições políticas fizeram com que o Judiciário passasse a compensar as expectativas frustradas das populações pelas omissões dos Poderes Legislativos e Executivo. Nesse sentido, Antoine Garapon (1999, p. 48):

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o 'deficit democrático' de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos.

Nesse mesmo caminho, Dalton Santos Morais (2010) entende que esse novo modelo de valor dado ao Poder Judiciário no Brasil “inclusive com o extremismo daquilo que se tem denominado de “judicialização da política”, decorre da aceitação pacífica do princípio da supremacia da Constituição e da atribuição da função de guardião da Carta de 1988 ao Poder Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal.”

3 O STF COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE

Nesta toada, Ingeborg Maus (2000, p. 183-202), socióloga alemã, em seu artigo “O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na sociedade órfã”, faz uma análise da expansão do controle normativo protagonizado pelo Poder Judiciário Alemão sob o enfoque do conceito psicanalítico da figura paterna.

Nas palavras de Alexandre Bahia (2005, p. 11), a figura do pai representaria o superego coletivo de uma sociedade órfã carente de tutela. Quando a sociedade perde seu “pai”, que representava e ditava as leis, sente-se perdida e não conseguindo suportar tal situação, coloca alguém para ditar novamente as leis e ser, pois, o novo “pai”.

Essa seria uma analogia ao que aconteceu com as instituições políticas, diante da crise da democracia e da desconfiança que se instalou sobre a classe política, a sociedade tornou-se órfã, necessitando de um novo pai para gerir a vida em sociedade, encontrando tal função no Judiciário.

Ocorreu, então, segundo Maus (2000, p. 190), uma extrapolação das competências constitucionais por parte do Judiciário, tornando-o um “super poder”. A inversão das expectativas de direito não decorreu apenas da usurpação por partes dos tribunais, mas também pela própria estrutura legal que se utiliza, de modo sintomático, de cláusulas abertas de cunho moral, como “boa-fé”, “sem consciência”, etc.

Alexandre Bahia (2005, p. 12) pondera que se deve refletir se as críticas de Ingeborg Maus à Corte Constitucional alemã poderiam ser utilizadas ao Supremo Tribunal Federal:

(...) Se entendemos que a solução para nossa (?) “Crise do Judiciário” se dará com a concentração de competências nas mãos dos tribunais superiores — basta vermos a Emenda Constitucional de Reforma do Judiciário —, é bom pensarmos sobre a possível aplicação das críticas de Ingeborg Maus ao nosso Judiciário e à aplicação irrestrita do princípio da proporcionalidade como panaceia de resolução de nossos conflitos entre direitos fundamentais — principalmente porque isso implica referência a uma ordem suprapositiva de valores, confundindo direitos, normas morais, políticas, argumentos de custo/benefício etc.

Nesse sentido, Dalton Morais entende que:

Devido a tais fatores e à inércia dos demais Poderes em solucionar questões que lhe podem trazer determinados prejuízos políticos, ou até mesmo institucionais, tais temas acabam por serem submetidos ao Poder Judiciário pelos agentes sociais le-

gitimados pela Constituição para tanto. Podem ser classificados, como exemplos relevantes de tais questões, recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a fidelidade partidária, sobre o aborto de feto anencéfalo e sobre o direito de greve dos servidores públicos, vez que, devido à inércia dos Poderes competentes para a resolução legislativa das matérias, foi o Poder Judiciário, através do STF, obrigado a pronunciar-se sobre as referidas questões para efetivar as determinações constitucionais a respeito.

Nessa acepção será analisada recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o aborto, para verificar em que medida a Corte, ao ocupar a figura paterna de uma sociedade órfã, transformou-se no superego da sociedade brasileira.

4 HABEAS CORPUS Nº 124306: POSSIBILIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Em recente decisão, a 1ª Turma do STF ao analisar o Habeas Corpus nº 124306, que fora impetrado por dois médicos presos em flagrante por estarem supostamente praticando um aborto com consentimento da gestante, mencionou a possibilidade de a interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação provocado pela própria gestante ou com o seu consentimento não ser crime.

O aborto, segundo Julio Fabrini Mirabete (2006, p. 62):

É a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da sua expulsão.

O código Penal pátrio (2016, p.23) tipifica o aborto em seus art. 124 ao 126¹. O art. 128² (2016, p. 24) traz duas exceções, em que o aborto não seria crime: se não há outro meio de salvar a vida da gestante (denominado de aborto necessário ou terapêutico) e no caso de gravidez resultante de estupro (chamado de aborto humanitário ou sentimental).

Entretanto, o STF criou uma terceira exceção ao delito de aborto, no julgamento da ADPF 54, quando decidiu que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta atípica.

A quarta exceção pode vir a ser a interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação, uma vez que o citado *habeas corpus*, apenas decidiu se seria cabível ou não a manutenção da prisão preventiva dos médicos, não tendo seu mérito sido julgado.

Em seu voto, o Ministro Roberto Barroso (2016, p. 1-17), entre os vários argumentos utilizados, entende haver grave violação aos direitos fundamentais das mulheres, como violação a sua autonomia, a integridade física e psíquica, sexuais e reprodutivos, à igualdade de gênero e discriminação social e impacto desproporcional sobre as mulheres pobres. O acórdão foi assim ementado:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (HC 124306/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 29/11/2016. Info 849).

¹Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

² Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O referido *decisum*, apesar de ter sido proferido pela 1ª Turma do STF, demonstra um sinal de como o plenário poderia vir a se posicionar caso fosse instado a fazê-lo. Além do que o Ministro Roberto Barroso foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber. Os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux apenas discutiram a respeito da prisão preventiva.

Devido a esta decisão, foi apresentado no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado (PLS) 461/2016 que altera o Código Penal para considerar aborto a interrupção da vida intrauterina em qualquer estágio da gestação.

Resta-nos, então, acompanhar e aguardar o desenlace final desse tão delicado assunto para saber se esta tese prevalecerá.

5 CONCLUSÃO

Sabe-se que a tripartição de poderes, tal qual foi concebida por Montesquieu, previa funções típicas e atípicas para cada um dos poderes, de forma que cada uma dessas atribuições faria com que houvesse o funcionamento harmônico entre todos os poderes.

Com a intitulada reforma do judiciário (EC 45/04), houve um agigantamento nas atribuições do Supremo Tribunal Federal, de modo que, com a utilização de muitas cláusulas abertas, muitas decisões políticas e omissões do legislativo passaram a ser regulamentadas pelo Judiciário.

Hoje, pode-se dizer que a cada impasse que ocorre na vida em sociedade, aguarda-se a palavra final do STF, como ditador do que seria moralmente e juridicamente correto. Em outras palavras, o que a Suprema Corte decide, seria “quase” uma Lei, ou melhor, seria mais que uma Lei, pois algumas decisões vão de encontro, muitas vezes, ao que a própria Carta Magna preceitua.

Os princípios e as cláusulas abertas fazem com que o uso do raciocínio hermenêutico seja conduzido a fim de se atingir os resultados desejados, uma vez que sopesados num caso concreto pode-se fundamentar uma decisão tanto para o sim, como para o não. Foi o que aconteceu com a recente decisão da 1ª Turma do STF, em que houve o posicionamento sobre o aborto não ser crime, caso seja realizado no primeiro trimestre da gestação, sob a fundamentação,

dentre outros, de grave violação aos direitos fundamentais das mulheres, como violação a sua autonomia, a integridade física e psíquica, sexuais e reprodutivos, à igualdade de gênero e discriminação social e impacto desproporcional sobre as mulheres pobres.

Ocorre que, em contrapartida, temos o direito à vida, direito fundamental, que fundamentou o então Projeto de Lei do Senado (PLS) 461/2016, no qual seria considerado crime o aborto efetuado em qualquer fase de gestação.

Como se vê, cada Poder tem sua fundamentação para abarcar o mesmo caso. Então, qual tese deverá prevalecer? Não saberemos por um bom tempo, a uma, porque caso essa questão chegue ao Plenário do STF, deve demandar tempo até que seja definitivamente decidida, a outra, porque o Projeto de Lei que tramita no Senado também deve demorar a ser votado, pois o processo de criação de leis é vagaroso.

Até que ocorra, poderemos viver uma insegurança jurídica, pois esse *decisum*, querendo ou não, gera um precedente que pode ser utilizado por diversos juízes, ao serem instados por mães querendo exercer sua autonomia/liberdade de escolher não prosseguir sua gravidez.

Essa decisão do STF foi extremamente temerária, muito embora esteja muito bem fundamentada. Temerária no sentido que a gravidez tem que ser prevenida e não “consertada”. No Brasil, temos um defeito de querer remediar o problema e não evitá-los. Além do que, haveria um verdadeiro inchaço no serviço público de saúde, de mulheres buscando os mesmos para efetivar o aborto, uma vez que, como a própria decisão menciona, a maioria das mulheres que buscam o aborto são pobres. Os casos de aborto devem ser exceção, casos extremos, como os já previstos na legislação e o caso de aborto de anencéfalos, previsto pelo STF.

Além do que, os Poderes devem conviver de forma harmoniosa, como preceitua a CF/88, não pode o Supremo se exceder, ultrapassar as suas funções e se tornar um verdadeiro legislador, indo de encontro, muitas vezes, ao que preceitua a nossa Lei Maior. É preciso que haja limites e cooperação entre os Poderes, a exemplo do que ocorre nos EUA, com a *self-restraint* (espécie de auto-limitação do Poder Judiciário) e no Canadá, com a cláusula do não obs-

tante ou sistema dialógico (que seria, sucintamente, uma atuação conjunta do Judiciário com o Legislativo). Desse modo, não ocorreria uma proeminência de um Poder em relação ao outro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria do Rosário Guimarães (Org.). *Manual para elaboração de trabalho científico*. São Luís: UFMA, 2002. 42 p.

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6022: informação e documentação - artigo em publicação periódica científica impressa - apresentação. Rio de Janeiro, 2003. 5 p.

_____. Lei 2.848, de 7 de dezembro. Código Penal. Brasília, DF: Senado, 1940.

_____. NBR 14724: informação e documentação - trabalhos acadêmicos - apresentação. Rio de Janeiro, 2011, 15 p.

_____. NBR 6023: informação e documentação - referências - elaboração. Rio de Janeiro, 2002. 24 p.

_____. NBR 6024: informação e documentação - numeração progressiva das seções de um documento escrito - apresentação. Rio de Janeiro, 2003, 3 p.

_____. NBR 6027: informação e documentação: sumário - apresentação. Rio de Janeiro, 2003, 2 p.

_____. NBR 6028: informação e documentação - resumo - apresentação. Rio de Janeiro, 2003, 2 p.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Ingeborg Maus e o judiciário como superego da sociedade*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/672/852>. Acesso em: 17 jan. 2017.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/29/Juliano%20Zaiden%20Benvindo.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Senado Federal. Projeto caracteriza aborto como crime em qualquer fase da gravidez. *Agência Senado*. Site. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/matérias/2016/12/20/projeto-caracteriza-aborto-como-crime-em-qualquer-fase-da-gravidez>. Acesso em: 2 Jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão Habeas Corpus nº 124306/RJ*, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 29/11/2016. Info 849. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2017.

COELHO, MARCUS VINÍCIUS FURTADO. *O Supremo Tribunal Federal: de ilustre desconhecido a protagonista*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-28/constituicao-supremo-tribunal-federal-ilustre-desconhecido-protagonista>. Acesso em: 17 jan. 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed., re. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.2.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, Dalton Santos. A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico-constitucionais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2551, 26 jun. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/15073>. Acesso em: 21 jan. 2017.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PLATÃO. *A República*. Trad. Enrico Corvisieri, São Paulo: Nova Cultural, 2004.

SILVA, Leo Dias da. O STF: legislador negativo?. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 21, n. 4798, 20 ago. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51390>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

A desnecessidade de dolo específico para a consumação do crime de dispensa ou de inexigibilidade ilegal de licitação, previsto no artigo 89 da Lei nº 8.666/93, sob a ótica da dimensão positiva do princípio da proporcionalidade aplicado à Justiça Militar da União – vedação à proteção penal deficiente

Wendell de Melo Rodrigues Alves

Analista processual do Ministério Público da União (MPU)
Especialista em Ciências Criminais (UNIDERP) e em Limites Constitucionais à
Investigação Criminal no Brasil (UNISUL)
Capitão de Comunicações da Reserva Não Remunerada do Exército Brasileiro –
Turma de 1994 da Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN)
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Goiás (UFG)

RESUMO: O presente artigo científico versa sobre a desnecessidade de dolo específico para a consumação dos crimes de fraude e de dispensa ilegal de licitação, previstos nos artigos 89 e 90 da lei nº 8.666/93, sob a ótica da dimensão positiva do princípio da proporcionalidade – vedação à proteção penal deficiente, aplicado pela Justiça Militar da União. Discorrer-se-á sobre a dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, um dos corolários do devido processo legal substancial e verdadeiro vetor para a concretização justa dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Citar-se-á o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Realizar-se-á um contraponto a tal entendimento, com esteio no que se entende por dolo específico, de acordo com a Doutrina pátria e com a jurisprudência daquele próprio Tribunal Superior brasileiro. Ao final, sugerir-se-á aos intérpretes do Direito

Penal Castrense, após a uma das inovações trazidas pela Lei 13.491/2017 (crimes militares por equiparação ou por extensão), uma nova forma de se julgar pessoas que cometam tais delitos militares.

PALAVRAS-CHAVE: Licitações e contratos. Princípio da proporcionalidade. Dimensão positiva. *Untermassverbot*. Lei 8.666/93. Dolo específico. Justiça Militar da União. Lei 13.491/2017. Crimes militares por equiparação ou por extensão.

ENGLISH

TITLE: The non-enforceability of the specific fraud for the consummation of the crime of waiver or of illegal inexigibility of bidding, under article 89 of law 8.666 / 93 under the optical dimension of the principle of proportionality applied to Military Justice of the Union – seizure of defective criminal protection.

ABSTRACT: This scientific article deals with the lack of specific fraud for the consummation of the crimes of fraud and illegal bidding, provided for in Articles 89 and 90 of Law 8.666 / 93, in the light of the positive dimension of the principle of proportionality – prohibition of poor criminal protection, as applied by the Union's Military Justice. The positive dimension of the principle of proportionality, one of the corollaries of due legal process and a true vector for the just implementation of fundamental rights, seen in the Federal Constitution of 1988. It will be cited the jurisprudential position of the Supreme Court of Brazil on the subject. A counterpoint will be made to such an understanding, in accordance with what is meant by specific intent, in accordance with the Doctrine of the Nation and with the jurisprudence of that same Brazilian High Court. In the end, it will be suggested to interpreters of the Military Criminal Law, after one of the innovations brought by Law 13.491 / 2017 (military crimes by equalization or by extension), a new way of judging people who commit such military crimes.

KEYWORDS: Competitive bidding and contracts. Principle of proportionality. Positive dimension. Untermassverbot. Law 8.666/93. Specific purpose. Military Justice of the Union. Law 13.491/2017. Military offenses by equalization or by extension.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Dimensão positiva do Princípio da Proporcionalidade – 3 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal – 4 Contraponto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A criminalidade organizada no Brasil se utiliza dos crimes de licitação em contratos em grande escala e lesa, de maneira indireta, o objetivo constitucional de erradicar a pobreza e atrapalha a consecução dos direitos sociais elencados no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

Nessa linha de raciocínio, entra em cena o princípio da proporcionalidade, como corolário do postulado do devido e substancial processo legal.

O princípio da proporcionalidade possui duas dimensões, pois serve de parâmetro de aferição da excessividade interventiva do Estado na vida da sociedade protegida pelo pacto constitucional, bem assim se mostra uma poderosa ferramenta de aferição acerca de eventual insuficiência de um ato estatal protetivo de um direito fundamental constitucionalmente assegurado.

Portanto, sob a sua dimensão positiva, tal princípio visa a coibir a criminalidade organizada por meio do oferecimento à população brasileira de uma proteção penal eficiente.

Não obstante isso, o Supremo Tribunal federal, ao mesmo tempo em que considera o dolo específico um fim especial de agir descrito expressamente pelo tipo penal, em sentido diametralmente oposto a tal entendimento, exige a vontade de causar prejuízo ao erário para a consunção entre a conduta delitiva

do administrador público (parecerista ou ordenador de despesas) e o preceito primário do art. 89 da Lei 8.666/93.

Ressalte-se que na redação do mencionado tipo penal não se evidencia nenhuma exigência legal desse especial fim de agir exigido por ambas as Turmas do STF, qual seja, o fim de causar lesão ao erário.

Agindo assim, o entendimento do STF afronta a vedação à proteção penal deficiente pelo Estado brasileiro, e, por consequência, o devido e substancial processo legal.

Por meio deste artigo, considerando-se a ampliação da competência da Justiça Militar da União efetivada pela Lei 13.491/2017 – referimo-nos, especificamente, à alteração redacional do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar brasileiro – sugerimos a observância de uma proteção penal eficiente estatal quando os Ministros do Superior Tribunal Militar ou os Juízes Federais da Justiça Militar da União forem processar e julgar pessoas acusadas da prática delitiva prevista no art. 89 da Lei 8.666/93, ainda que de forma contrária ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

2 DIMENSÃO POSITIVA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é um postulado de nível constitucional, cujas origens remontam à formação dos Estados de Direito.

Tal princípio está intimamente ligado aos direitos fundamentais previstos em sede constitucional. É por intermédio do postulado em comento que será possível verificar se uma medida estatal afronta algum desses direitos por ser excessivamente interventiva ou por ser insuficiente, no que tange à proteção de tais direitos.

Para Luciano Feldens (2008, p. 81), o princípio da proporcionalidade, originariamente concebido para antepor-se ao Poder Público, a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, especificamente a contar do que dispõe o art. 8º dessa Declaração, “[...] albergar-se-ia implicitamente no princípio da legalidade e, nessa condição, passaria a irrigar o sistema normativo como um todo”.

O Supremo Tribunal Federal entende que o princípio da proporcionalidade está insito no princípio do devido processo legal substancial, como se pode verificar do excerto abaixo, retirado do acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.667/DF:

[...] As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of Law* [...]¹.

O devido processo legal substancial, conforme explicitou o ministro Celso de Mello, quando do voto proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.158/AM, consubstancia-se: “[...] na necessidade de proteger os direitos e liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade”².

Para aferir eventual afronta de ato estatal ao princípio da proporcionalidade, a doutrina e a jurisprudência alemãs (Feldens, 2008, p. 82) apontam três critérios, denominados no presente artigo de subprincípios do princípio da proporcionalidade, quais sejam: a) subprincípio da adequação; b) subprincípio da necessidade; e c) subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo o subprincípio da adequação, o ato estatal deve constituir-se do meio adequado ao fim a que se destina. Exemplificando: a conduta de um fornecedor utilizar peças usadas, sem o conhecimento e autorização do consumidor, para consertar determinado bem e cobrar o serviço prestado como se houvesse utilizado peças novas no conserto é uma conduta reprovável. Para coibir tal conduta, o legislador brasileiro pode utilizar a sanção penal

¹ STF, Constitucional, ADI n. 2.667 MC/DF, rel. min. Celso de Mello. Brasília, DF, 19 jun. 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387197>. Acesso em: 27 mar. 2019.

² STF, Constitucional, ADI n. 1.158 MC/AM, rel. min. Celso de Mello. Brasília, DF, 19 nov. 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346863>. Acesso em: 27 mar. 2019.

ou a sanção civil. Ambas são meios estatais adequados ao fim de reprimir tal conduta fraudulenta.

A seu termo, de acordo com o subprincípio da necessidade, o ato estatal deve constituir-se no meio menos gravoso à obtenção do fim por ele visado. Exemplificando: se, para coibir determinada conduta social maléfica, for necessária uma norma administrativa ou civil, não será necessária a edição de uma norma penal para tanto, haja vista que essa última é muito mais gravosa que as duas primeiras, por ensejar uma ou mais penas criminais (pecuniária e/ou privativa de liberdade).

Tal subprincípio está intimamente ligado ao princípio da intervenção penal mínima, especificamente no que tange à fragmentariedade do Direito Penal. Assim, se houver algum outro ramo do Direito que seja menos gravoso que o Direito Penal e tão eficiente quanto esse na repressão a determinadas condutas sociais reprováveis, tal ramo deverá prevalecer em detrimento do Direito Penal, justamente por ser menos gravoso que esse último.

Por fim, de acordo com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se aferir se o ato estatal guarda uma relação razoável de custo-benefício quanto ao fim almejado pelo Estado ao editar o referido ato. Uma medida adequada e necessária pode ser desproporcional. Rogério Schietti Machado Cruz (2006, p. 99), Ministro do Superior Tribunal de Justiça, exemplifica o subprincípio em comentário relacionando a prisão cautelar e o sacrifício da liberdade humana, *litteris*:

Esse subprincípio implica o entendimento de que há uma relação justa e adequada entre os benefícios obtidos com a medida e os meios empregados para levá-la a termo. No tocante à prisão cautelar (ou qualquer outra medida cautelar), estará ela, portanto, justificada desde que se guarde relação de proporcionalidade entre o bem que se objetiva proteger e o sacrifício da liberdade humana. Em outras palavras, somente se mostrará legítima a prisão cautelar quando o sacrifício da liberdade do investigado ou acusado for razoável (ante os juízos de idoneidade e necessidade da cautela) e proporcional (em termos comparativos) à gravidade do crime e às respectivas sanções que previsivelmente venham a ser impostas ao sujeito passivo da medida.

Posto isso, verifica-se que o princípio da proporcionalidade serve de parâmetro de aferição da excessividade interventiva do Estado na vida da sociedade protegida pelo pacto constitucional, bem assim se mostra uma poderosa ferramenta de aferição acerca de eventual insuficiência de um ato estatal protetivo de um direito fundamental constitucionalmente assegurado.

A Constituição Federal de 1988 enuncia uma série de direitos individuais fundamentais erigidos pelo texto constitucional ao *status* de cláusula pétrea, ou seja, direitos que não podem ser abolidos por meio de emenda à Constituição.

Alguns desses direitos consubstanciam-se em verdadeiras garantias individuais contra eventuais atos estatais abusivos.

Outros desses direitos individuais fundamentais constituem, em seu âmago enunciativo, verdadeiras normas mandamentais dirigidas ao Estado, que deverá assegurá-los, de modo eficiente.

Tanto em um caso quanto em outro, o princípio da proporcionalidade tem aplicação, haja vista o fato de tal postulado possuir duas dimensões, a depender do mandamento material constitucional a que se relacione o ato estatal a ser submetido ao crivo de tal princípio: uma dimensão negativa e outra, positiva.

A dimensão negativa do princípio da proporcionalidade, conforme asseverado na introdução deste artigo, denomina-se proibição de excesso, expressão que, segundo Lênio Streck (2005), Luciano Feldens (2008) e Ingo Wolfgang Sarlet (2010), originou-se na Alemanha, quando o Tribunal Constitucional daquele país decidiu acerca da constitucionalização do aborto, desde que precedido de uma conscientização social realizada por meio de admoestação estatal à gestante a continuar com a gravidez, explicando-lhe aspectos relacionados à vida intrauterina.

Por meio da dimensão negativa do princípio da proporcionalidade, um ato estatal abusivo ou excessivamente restritivo a algum desses direitos individuais fundamentais poderá ser declarado inconstitucional e, por conseguinte, não ser aplicado à sociedade a que se destina. Essa dimensão do princípio da proporcionalidade ampara o que Lenio Streck (2005) denomina de garantismo negativo.

Por intermédio do garantismo negativo, o Poder Judiciário poderá controlar os atos estatais que, por serem considerados desproporcionais em

relação aos fins visados, malfirmam garantias constitucionais fundamentais asseguradas à sociedade.

Entretanto, há também uma dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, que ampara o que Streck (2005) denominou de garantismo positivo.

Essa dimensão, no âmbito do Direito Criminal brasileiro, decorre da aplicação do princípio da proporcionalidade com o fim de coibir uma proteção penal deficiente por parte do Estado, em relação a determinado direito individual fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988.

A título de exemplo, pode ser citado o direito à segurança como uma das garantias a serem implementadas pelo Estado brasileiro, conforme se depreende da redação do *caput* do art. 5º da CF/1988.

Se, por intermédio de um ato legislativo, o Estado brasileiro intentar abrir mão ou minorar sua obrigação sócio-contratual de proporcionar segurança aos brasileiros e aos estrangeiros residentes ou em passagem pelo Brasil, tal ato também poderá ser declarado inconstitucional com fulcro na afronta ao princípio da proporcionalidade, em sua dimensão positiva.

Posto isso, é possível concluir que, enquanto a dimensão negativa do princípio da proporcionalidade estabelece um limite máximo no que concerne à intervenção estatal, sua dimensão positiva estabelece um limite mínimo de proteção a ser implementada pelo Estado.

3 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O crime tipificado pelo artigos 89 da Lei 8.666/93 encontra-se assim previsto em seu preceito primário: “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”³.

Ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal entendem que, para a consumação desse crime, faz-se necessário o dolo específico de lesar o erário na conduta criminosa, *verbis*:

³ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 27 mar. 2019.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. PREFEITO. DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. CRIME DO ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93. DOLO. AUSÊNCIA DE PROVA ACIMA DE DÚVIDA RAZOÁVEL. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. 1. Havendo detentores e não detentores de prerrogativa de foro acusados no mesmo processo, o atual entendimento desta Suprema Corte aponta no sentido do desmembramento como regra, ressalvadas hipóteses excepcionais a exigirem julgamento conjunto. 1.1. Desmembramento efetivado no caso concreto, inexistente imbricação extraordinária entre as condutas dos coacusados. 2. O delito do artigo 89 da Lei 8.666/93 exige, além do dolo genérico – representado pela vontade consciente de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais –, a configuração do especial fim de agir, consistente no dolo específico de causar dano ao erário. Desnecessário o efetivo prejuízo patrimonial à administração pública. 3. Inexistente indicativo de conluio, ilegalidade manifesta ou desvio de finalidade claramente perceptível, os atos de gestão praticados pelo Prefeito de acordo com as orientações técnicas dos órgãos especializados do Município, sobretudo em temáticas que envolvem juízo de legalidade – tais como ocorrem nas plurissignificativas regras de dispensa e inexigibilidade de licitação –, se qualificam com o predicado de boa-fé presumida. 3.1. No caso, (I) a ratificação da inexigibilidade de licitação foi realizada de acordo com a orientação dos órgãos técnicos do Município e a prova dos autos não rendeu razões que razoavelmente impussem ao acusado, como gestor (Prefeito), adoção de conduta contrária às manifestações técnicas; (II) foi verificada oscilação de entendimento no âmbito do Tribunal de Contas local quanto à lisura da inexigibilidade da licitação, assim como o arquivamento, pelo Ministério Público Cível, de inquérito cível pertinente aos mesmos fatos; (III) as provas pessoais produzidas – testemunhas e interrogatório do acusado, – alinharam-se pela insuficiência de prova da participação dolosa do Prefeito no crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93. 4. A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o *standard* anglosaxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) e que foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 5. Ação penal julgada improcedente. (AP 580, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado

em 13/12/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-139 DIVULG 23-06-2017 PUBLIC 26-06-2017)⁴. Grifou-se.

EMENTA Agravo regimental em habeas corpus. Penal. Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Artigo 89 da Lei nº 8.666/93. Pretendido trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Atipicidade da conduta imputada. Ausência de demonstração do dolo específico. Agravante que, na qualidade de chefe da Assessoria Técnica da Administração Regional, emitiu parecer favorável a contratação. Manifestação de natureza meramente opinativa e, portanto, não vinculante para o gestor público, o qual pode, de forma justificada, adotar ou não a orientação exposta no parecer. O parecer tem natureza obrigatória (art. 38, VI, da Lei nº 8.666/93), porém não é vinculante. Ineficiência da denúncia na demonstração da vontade conscientemente dirigida, por parte da agravante, de superar a necessidade de realização da licitação. Abusividade da responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha supostamente resultado dano ao erário (v.g., MS nº 24.631/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 1º/2/08). Agravo regimental ao qual se dá provimento para conceder a ordem de habeas corpus e trancar a ação penal à qual responde a agravante. 1. É pacífico na Corte o entendimento quanto à possibilidade de trancamento de ação penal pela via do habeas corpus quando evidente a falta de justa causa para seu prosseguimento, seja pela inexistência de indícios de autoria do delito, seja pela não comprovação de sua materialidade, seja ainda pela atipicidade da conduta imputada. 2. Demonstram os autos que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ofereceu denúncia em face da agravante e de outros imputando-lhes a prática do crime descrito no art. 89, c/c o art. 99, e no art. 84, § 2º, todos da Lei nº 8.666/93, porque, na qualidade de chefe da Assessoria Técnica da Administração do Paranoá/DF, emitiu parecer opinativo favorável à legalidade da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, da Federação de Jiu-Jitsu de Brasília (FJJB), visando à realização de evento denominado “Paranoá Fight”. 3. Não logrou êxito a acusação em demonstrar suficientemente na denúncia a vontade conscientemente dirigida, por parte da agravante, de superar a necessidade de realização da licitação. 4. A documen-

⁴ BRASIL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DOLO+E+ESPEC%2FDFICO+E+LICITA%C7%D5ES+E+CONTRATOS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4b29wf8>. Acesso em: 27 mar. 2019.

tação acostada ao processo administrativo, cuja veracidade não foi questionada, sinalizou que a FJJB seria a única Federação de Jiu-Jitsu de Brasília devidamente cadastrada e reconhecida pela Confederação Brasileira do esporte para a realização do evento na capital. 5. Toda a documentação acostada aos autos não permitia, até aquele momento, conclusão diversa de que o caso era mesmo de inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição, mormente se levada em conta a total ausência de notícia no bojo do processo administrativo sobre a existência de outra entidade (Federação de Jiu-Jitsu Esportivo do Distrito Federal-FBJJ). 6. A impossibilidade jurídica de haver competição entre eventuais interessados não é um plus que se agrega às hipóteses dos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/93, e sim a consequência lógica da tipificação de uma dessas hipóteses. 7. Embora o Parquet tenha afirmado que a agravante teria agido dolosamente em seu parecer, diante da existência de contradições sobre a exclusividade da FJJB, o processo administrativo, em nenhuma de suas manifestações, sinalizou tais ocorrências, sendo certo, ademais, que a denunciada somente detinha competência para emitir parecer técnico sobre inexigibilidade da licitação sob prisma estritamente jurídico, não cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, tampouco examinar a veracidade das questões de natureza técnica (como a autenticidade da documentação acostada), administrativa ou financeira, salvo teratologia, que não ficou evidenciada na espécie. 8. Por outro lado, a manifestação levada a efeito foi de natureza meramente opinativa e, portanto, não vinculante para o gestor público, o qual pode, de forma justificada, adotar ou não a orientação exposta no parecer. Ou seja, o parecer tem natureza obrigatória (art. 38, VI, da Lei nº 8.666/93), porém não vinculante. 9. Por essa perspectiva, como já sinalizado pela Corte, *mutatis mutandis*, é lícito concluir pela abusividade da responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha supostamente resultado dano ao erário (v.g. MS nº 24.631/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 1º/2/08). 10. Tal conclusão se robustece quando se torna evidente, para além do dolo simples necessário (vontade consciente de contratar independentemente da realização de procedimento licitatório), que o Parquet não apresentou, na denúncia, elemento probatório mínimo que demonstrasse qualquer tipo de intenção por parte da agravante de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 11. A ausência de observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da lici-

tação somente é passível de sanção quando acarretar contratação indevida e houver demonstração da vontade ilícita do agente em produzir um resultado danoso, o que não foi o caso. 12. Agravo regimental ao qual se dá provimento para conceder a ordem de habeas corpus e trancar a ação penal em relação à agravante. (HC 155020 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 04/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-233 DIVULG 31-10-2018 PUBLIC 05-11-2018)⁵. Grifou-se.

Como se pode verificar da simples transcrição das ementas, o Supremo Tribunal Federal, quando da análise de Habeas Corpus e seus consectários recursais exige o dolo específico do agente criminoso de causar dano ao erário, para que se consuma o crime tipificado no art. 89 da Lei 8.666/93.

Ressalte-se que, se fosse um recurso extraordinário sob análise, certamente incidiria à espécie a Súmula 279 do Supremo⁶ (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”), haja vista que a análise acerca da ocorrência de dano ao erário ou da presença de dolo específico exigem o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado no âmbito dos recursos excepcionais.

Isso porque, como cediço, a análise do dolo se dá no escopo da conduta (comissiva ou omissiva) delitativa, intimamente relacionada aos fatos e às provas já analisadas pelos Tribunais de Origem (Tribunais de Justiça distrital e estaduais e Tribunais Regionais Federais), quando do julgamento dos recursos ordinários.

Nessa mesma linha de raciocínio e a título de curiosidade, os enunciados nº 7 e 126, respectivamente, das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho possuem o mesmo sentido da citada Súmula 279 do STF.

Todavia, considerando-se que o presente artigo tem por finalidade analisar o tema de acordo com a inovação legislativa trazida pela Lei 13.491/2017 ao ordenamento jurídico-militar, em especial ao art. 9º, II, do Código Penal Militar

⁵ BRASIL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DOLO+E+ESPEC%20CDFICO+E+LICITA%20C7%D5ES+E+CONTRATOS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4b29wf8>. Acesso em: 27 mar. 2019.

⁶ BRASIL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.%20NAO%20.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 27 mar. 2019.

(crimes militares por equiparação ou por extensão) e que a Justiça Militar da União já possui o seu Tribunal Superior (o Superior Tribunal Militar) – ressalta-se, o mais antigo dentre todos os Tribunais Superiores do Brasil – dispensa-se aqui discutir o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior do Trabalho, esse último sem competência criminal.

4 CONTRAPONTO AO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O crime de dispensa ou de inexigibilidade ilegal de licitação, previsto pelo art. 89 da Lei 8.666/93, encontra-se no rol dos *white collar crimes* (crimes do colarinho branco), para utilizar a classificação anglo-saxã dos delitos no que tange ao bem jurídico tutelado e à forma de se cometê-los.

Tais delitos, em especial no Brasil, geram grande prejuízo social ao atingir a camada da população mais carente de recursos financeiros e de ações positivas estatais.

Enquanto um homicídio ou latrocínio retira a vida de uma vítima, a dispensa ou a inexigibilidade criminosa de licitação pública, indiretamente retiram a vida de grande número de brasileiros e de estrangeiros residentes no Brasil, ao negar-lhes o investimento financeiro em direitos sociais constitucionais, como, por exemplo, a saúde, a educação e outros elencados no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

E é essa própria Constituição Federal que estabelece, em seu art. 5º, XXXIX, um dos princípios basilares do Direito Penal Militar, qual seja, o da Legalidade Estrita: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

Segundo o princípio da legalidade estrita aplicado ao Direito Penal, somente se deve processar e julgar alguém criminalmente, quando a sua conduta se amoldar, perfeitamente ao previsto, de maneira prévia (aí outro postulado, qual seja, o da anterioridade legal) por Lei.

Ocorre que, em nosso ordenamento jurídico os intérpretes do Direito da Suprema Corte acrescem ao tipo penal previsto no art. 89 da Lei Geral de

Licitações e Contratos (Lei 8.666/93) algo que nela não se encontra escrito nem previsto: o dolo específico de o agente criminoso causar lesão ao erário.

Em verdade, o referido delito é o que se denomina, na Doutrina pátria de crime de resultado cortado ou antecipado ou mutilado de dois atos.

Essa espécie de delito, além do dolo genérico, exige, implicitamente, um resultado não naturalístico, ou seja, um resultado que, se ocorrer, será mero exaurimento de uma conduta criminosa perfeitamente subsunta à lei penal material e, por consequência, punível a título de dolo.

É, a título de exemplo, o que ocorre com o crime de extorsão, cujo resultado da efetiva obtenção da vantagem ilícita visada com a conduta criminosa não interfere na consumação. São, em outras palavras, os crimes formais, que não exigem resultado naturalístico para a sua consumação.

O dolo específico (também conhecido por elemento subjetivo do injusto, e não do tipo) consubstancia-se na intenção especial exigida pelo tipo penal, para que o crime se consume. Geralmente, essa previsão vem precedida de expressões como a fim de, com o fim de, com a finalidade de. É o chamado delito de tendência.

Nesse sentido, e em sentido diametralmente oposto ao entendimento aplicado no que tange ao delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, entende a própria Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal que “6. A defesa também tem razão quando argumenta ausentes indícios suficientes quanto ao dolo específico (especial fim de agir) exigido pelo art. 299 do Código Penal.”⁷

Tal excerto citado foi retirado do inteiro teor do julgamento do, cuja ementa é a seguinte:

EMENTA: INQUÉRITO. DENÚNCIA CONTRA DEPUTADO FEDERAL. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA ELEITORAL, ART. 350 DO CÓDIGO ELEITORAL. POSTERIOR PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 299 DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA OMISSÃO DE INFORMAÇÕES NA PRESTAÇÃO DE CONTAS ELEITORAIS. AFASTAMENTO DAS PRELIMINARES DE PRESCRIÇÃO

⁷ BRASIL. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9563428>. Acesso em: 27 mar. 2019.

EM PERSPECTIVA E INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGADA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA COM FUNDAMENTO NO ART. 395, INC. III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. Inviável a rejeição da denúncia por alegada prescrição em perspectiva, por ter este Supremo Tribunal Federal jurisprudência assente na qual declara ser “descabida a análise antecipada sobre a ocorrência da prescrição” (Ação Penal n. 441/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 8.6.2012). 2. Descabe a rejeição liminar da denúncia, por alegada inépcia, quando a peça processual atende ao disposto no art. 41 do CPP e descreve, com o cuidado necessário, a conduta criminosa imputada a cada qual dos denunciados, explicitando, minuciosamente, os fundamentos da acusação. 3. Ausentes indícios consistentes de autoria e materialidade delitiva e não demonstrado o dolo específico do crime do art. 299 do Código Penal, é de se rejeitar a denúncia por falta de justa causa, nos termos do art. 395, inc. III, do CPP. 4. Denúncia rejeitada. (Inq 2792, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 19/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 09-10-2015 PUBLIC 13-10-2015). Grifou-se.

Com efeito, o art. 299 do Código Penal exige o especial fim de agir, *litteris*:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. (Grifou-se)

Quando observamos o tipo legal do art. 89 da Lei de Licitações, com todas as suas elementares (objetivas e subjetivas) e circunstâncias, não identificamos, sob a ótica do princípio da legalidade estrita, o especial fim de agir do agente criminoso.

É dizer: não existe naquele tipo penal nenhum especial fim de agir previsto. Basta a dispensa ou a inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em Lei, para que haja perfeita subsunção entre a conduta e o tipo penal.

Daí, chega-se à conclusão de que o referido delito é de natureza formal. Basta o agente praticar suas elementares objetivas de dispensar ou de inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, para que a consumação se perfeça em todos os seus aspectos.

Entretanto, não é o que tem feito o Supremo Tribunal Federal, que, em contradição com entendimentos esposados por ele mesmo em outros precedentes sobre o dolo específico, exige, para a consumação do crime tipificado no art. 89 da Lei 8.666/93, destaque-se aqui ao arrepio da Lei e do princípio constitucional da legalidade estrita, a intenção especial de causar lesão ao erário.

Ora, não estamos lidando, ao lançar o edital de licitações com jogo de acerto ou erro, mas com dinheiro público. Se o administrador público dispensa ou inexige licitação fora das hipóteses previstas em Lei, isso denota que ele está no lugar errado. Não pode lidar com dinheiro público por falta de conhecimentos mínimos exigidos do gestor público, como os casos legais de possibilidade de dispensa (arts. 17 e 24 da Lei 8.666/93) ou de inexigibilidade de licitação (art. 25 daquela mesma Lei Geral sobre Licitações em Contratos).

Neste momento, entra em cena a dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, que, como dito anteriormente, consubstancia-se em verdadeiro vetor para a concretização justa dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

A vedação a uma proteção social penal deficiente é tão importante no combate à criminalidade organizada do colarinho branco quanto o são as vedações de práticas estatais abusivas a direitos fundamentais.

É dizer: o princípio da proporcionalidade possui duas dimensões e serve de parâmetro de aferição da excessividade interventiva do Estado na vida da sociedade protegida pelo pacto constitucional, bem assim se mostra uma poderosa ferramenta de aferição acerca de eventual insuficiência de um ato estatal protetivo de um direito fundamental constitucionalmente assegurado.

Posto isso, pergunta-se: com a alteração legislativa provinda da Lei 13.491/2017, que, especificamente no que diz respeito à competência da Justiça Militar da União ampliou, sobremaneira, o rol de crimes a serem por ela processados e julgados, como os Ministros do Superior Tribunal Militar e os

Juízes Federais da Justiça Militar da União aplicarão tal postulado, quando estiverem processando e julgando crimes de dispensa ou de inexigibilidade ilegal de licitação (art. 89 da Lei 8.666/93 c/c/ art.9º, II, do CPM? Em consonância com o – respeitados todos os entendimentos em sentido contrário – entendimento equivocado do STF (que exige dolo específico onde a Lei não exige)? Espera-se que não.

5 CONCLUSÃO

O princípio da proporcionalidade possui uma dimensão negativa (proibição de excesso ou *übermassverbot*) e uma dimensão positiva (proibição de insuficiência ou *untermassverbot*).

A dimensão negativa do princípio da proporcionalidade consubstancia-se na proibição de o Estado exceder-se no desempenho de suas funções e, por meio desse excesso, violar algum direito fundamental constitucionalmente assegurado aos brasileiros e estrangeiros residentes ou em passagem pelo Brasil. É preceito que visa à proteção das garantias fundamentais do indivíduo contra eventuais abusos por parte do Estado. Sua origem remonta à formação dos Estados de Direito.

Já a dimensão positiva de tal princípio constitui uma verdadeira proibição de deficiência de proteção por parte do Estado, quando do implemento ou da garantia de algum direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, o direito à segurança.

As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo em que entendem que o dolo específico exige, para ser aplicado como condição para a consumação da falsidade ideológica, um especial fim de agir do agente criminoso, expressamente descrito no tipo penal, dispensa tal exigência quando o assunto é dispensa ou inexigibilidade ilegais de licitação.

Ao assim agir, respeitados todos os entendimentos em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal, a despeito de adentrar ao exame de matéria infraconstitucional (violação reflexa – exame de consciência e de vontade ínsitas à conduta do agente) e de reexaminar fatos e provas fora de suas atribuições

penais originárias (o que é vedado pelo enunciado 279 de sua Súmula), malferem o combate à criminalidade organizada no Brasil.

Esse entendimento pode ser mudado pelo Tribunal Superior precursor na história do Brasil, qual seja o Superior Tribunal Militar.

A ampliação da competência da Justiça Militar da União efetivada pela Lei 13.491/2017 (especificamente no que diz respeito à novel redação do art. 9º, II, do Código Penal Militar) traz essa possibilidade.

O entendimento de que o delito tipificado no art. 89 da Lei 8.666/93 não exige dolo específico para ser consumado, sendo delito formal, é fundamental para essa tão desejada proteção penal eficiente em nosso país.

Com efeito, analisando-se o preceito primário do tipo penal referente ao crime previsto no art. 89 da Lei Geral de Licitações, Lei 8.666/93, é possível concluir-se que, nele, inexistente a expressão com o fim de causar prejuízo ao erário.

Com essa constatação e valendo-nos do princípio constitucional da legalidade estrita (art. 5º, XXXIX, da CF88), em plena consonância e à luz da dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, espera-se, sinceramente, que os referidos intérpretes do Direito Penal Castrense não exijam o especial fim de causar dano ao erário como requisito à consumação de tal infração penal.

Por conseguinte, almeja-se que os Ministros do Superior Tribunal Militar e que os Juízes Federais da Justiça Militar da União, diferentemente do que faz o Supremo Tribunal Federal, no ponto, ofertem à população brasileira uma proteção penal estatal eficiente.

REFERÊNCIAS

ANJOS, J. Haroldo dos. *As raízes do crime organizado*. Florianópolis: Ibraad, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo Ministério Público*. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. R. Bras. de Dir. Público, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 213-227, out./ dez. 2004.

BATOCHIO, José Roberto. Poder investigatório do Ministério Público. *Ciência Jurídica*, ano 19, v. 125, p. 284-297, set./nov. 2005.

COGAN, José Damião Pinheiro Machado. *Do poder investigatório do Ministério Público no Brasil e no mundo*. A Força Policial, São Paulo, n. 43, p. 9-15, jul./set. 2004.

COSTA, Ana Cláudia et al. Polícia invade Complexo do Alemão. *O Globo*, Rio de Janeiro, 28 nov. 2010. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/mat/2010/11/28/policia-invade-complexo-do-alemao-923129542.asp>. Acesso em: 27 mar. 2019.

COSENZO, José Carlos. O Ministério Público e o combate ao crime organizado. *Conamp* – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, São Paulo, nov. 2010. Disponível em: <http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=149>. Acesso em: 27 mar. 2019.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. O poder investigatório do Ministério Público. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 5, n. 60, p. 25-26, abr. 2003.

HABIB, Sérgio. O poder investigatório do Ministério Público. *Consulex*, ano 7, n. 159, p. 14-16, ago. 2003.

GREGHI, Fabiana. *A reinterpretação dos direitos fundamentais face ao novo paradigma crimi-nal imposto pela criminalidade organizada*. 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/relativizacao_de_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019. Material da 1ª aula da Disciplina Criminalidade Econômica e Organizada, ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Ciências Penais da Universidade de Anhanguera – Uniderp/ Rede LFG.

GOMES, Luís Flávio; Cervini, Raul. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 4. ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

HUNGRIA, Néelson e DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal: dec-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. arts. 1º ao 12*. 6. ed. Rio de Janeiro: LMJ, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LEMONS JÚNIOR, Arthur Pinto de Lemos. A investigação criminal diante das organizações criminosas e o posicionamento do Ministério Público. *RT/ Fascículo Penal*, São Paulo, ano 91, v. 795, p. 411-451, jan. 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. Lavagem ou ocultação de bens: Lei n. 9.613, 3.3.1998. In: Gomes, Luís Flávio (Coord.). *Legislação criminal especial*. 2.

ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 636-790.
(Coleção Ciências Criminais. v. 6).

LOPES, José Reinaldo de Lima. Bem comum, política e direitos humanos. In: *Encontro do MPU*, 2001, Brasília. Anais... Brasília: ESMPU, 2001.

MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizon-te: Del Rey, 1999.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. Aspectos da competência do Ministério Público e atividade política. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 698, p. 25-30, dez. 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/85 e legislação complementar*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Promotores no inquérito policial*. Estudos de direito processual penal. 2. ed. Campinas: Millenium, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Alguns casos de atuação do Ministério Público. *Revista dos Tribu-nais*, São Paulo, v. 688, p. 252-255, fev. 1993.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrin. *Processo penal*. 2. ed. rev. São Paulo: Atlas, 1992.
Noronha, Eduardo Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

PELLEGRINI, Angiolo; Júnior, Paulo José da Costa. *Criminalidade organizada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PRADO, Luís Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Calos Alberto Marchi de. *Crime organizado no Brasil*. São Paulo: Iglu, 1998.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *O Poder Investigatório do Ministério Público*. *Con-sulex*, ano 8, n. 184, p. 7-10, set. 2004.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, deveres de proteção e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria penal. In: Carneiro, Gustavo Ferraz Sales (Coord.). *Con-trole de constitucionalidade*:

direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 143-169.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Paulo Márcio da. *Inquérito civil e ação civil pública: instrumentos da tutela coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. *Repressão ao crime organizado*. 2. ed. 4. tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. A Dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 32, n. 97, p. 171-202, mar. 2005.

TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida (Coord.) et al. *Repressão penal e crime organizado: os novos rumos da política criminal após o 11 de setembro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

VIEIRA, Liliane dos Santos. *Pesquisa e monografia jurídica na era da informática*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

WELZEL, Hans. trad. REZENDE, Afonso Celso. *Direito Penal*. Título original em alemão Strafrechts. Campinas: Romana, 2003.

Artigos de grande repercussão

O açodamento em criticar o Projeto Anticrime e a demonização da polícia

Silvio Miranda Munhoz

Procurador de Justiça substituto no Rio Grande do Sul, designado para atuar perante os Grupos Criminais do TJ/RS.

Ex-professor de Processo Penal da Escola Superior do Ministério Público do RGS e da Universidade da Região da Campanha (Urcamp)

Artigo publicado no Blog Fausto Macedo, em 18 de fevereiro de 2019

“Com pilhas de cadáveres e com o sangue dos mártires, pavimentamos a estrada que nos levará ao abismo onde os heróis não têm vez.” – Diego Pessi¹.

Publicado o projeto anticrime do Ministério da Segurança Pública – elaborado em menos de um mês de governo, mas submetido a amplo debate² no seio da população, pois tema principal da campanha presidencial – e que vai, ainda, para discussão no Congresso Nacional, quase de imediato começaram a espocar inúmeras manifestações de ‘experts’ e conhecidos juristas, muitos tendo acerbas críticas ao projeto, mais por conta do perfil enviesado da caneta escrevente ou de embasamento equivocado em virtude da pressa, na tentativa de ajudar a manter o ‘status quo’ existente, que nos levou à realidade vigente de mais de 60 mil homicídios/ano.

Nesse universo, chamou-me especial atenção o artigo intitulado “O ‘pacote anticrime’ de Sérgio Moro e o Martelo dos Feiticeiros³” em cujo teor é tecida severa e infundada crítica às polícias brasileiras. Questiono este ponto, embora outros mereçam análise, mas fica para outra oportunidade.

¹ PESSI, Diego ‘in’ <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/onde-os-herois-nao-tem-vez-3v79ftxp9p0b62f9mk6058ipe/>.

² N.A: Uma das principais críticas é que o projeto não foi debatido.

³ STREK, Lênio. ‘In’ <https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiticeiros>.

No ponto em questão, ao criticar a proposta de reforma no tocante à inclusão dos incisos I e II ao artigo 25 do Código penal (diga-se de passagem, mais explicitação que mudança, pois o ali contido já está englobado no caput), afirma o articulista: “A violência policial é um problema grave no Brasil. Não sou eu quem digo. Também o diz a ONU, a Anistia Internacional, a Human Rights Watch, e por aí vai. E digo mais: é o que pode atestar qualquer um que ouça a voz da consciência e saiba olhar para o lado⁴. Pergunto: é realmente razoável dizer que a polícia no Brasil mata pouco ou que não é violenta? O que me leva a segunda pergunta; uma polícia que mais mata no mundo deve ter abrandada a forma de controle de seus atos em enfrentamento ou ações?”.

Não possuo e nem pretendo possuir procuração para defender a polícia, mas foco neste tema, pois recentemente escrevi artigo denominado: “a ideologização da estatística⁵”, o qual demonstrava que no Brasil a estatística possui viés ideológico não só na questão do suposto ‘superencarceramento’, tema amplamente denunciado pelo Promotor Gaúcho CARPES⁶, mas, também, na abordagem feita pela imprensa acerca da questão da violência policial.

Pois bem, no artigo em foco o embasamento da assertiva está em matéria jornalística de revista de circulação nacional à qual o leitor é remetido através do link contido na frase mais mata no mundo⁷, segundo a matéria a afirmação seria oriunda da Anistia Internacional e da Human Rights Watch. Como não cabe aqui, pelo tamanho pretendido para o texto, contestar a legi-

⁴ N.A: A população brasileira parece que finalmente resolveu ouvir a voz da consciência e talvez horrorizada com o monte de cadáveres que cobrem o solo pátrio, resolveu olhar para o lado contrário ao do articulista.

⁵ MUNHOZ, Silvio. ‘In’ <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-ideologizacao-da-estatistica/>.

⁶ CARPES, Bruno. <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-mito-do-encarceramento-em-massa/>, <http://www.puggina.org/artigo/outrosAutores/a-prisao-da-verdade/10797> e <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-desencarceramento-dos-numeros/>.

⁷ <https://exame.abril.com.br/brasil/policia-brasileira-e-a-que-mais-mata-no-mundo-diz-relatorio/>

timidade de tais organismos internacionais (como se esquece fácil o conceito de Soberania), aconselho ao leitor entrar em seus sites e julgar por si mesmo⁸.

Por outro lado, importante a análise dos dados que embasaram a conclusão, segundo o texto: “no ano anterior à matéria (publicada em 8-8-2015), 2014, as polícias seriam responsáveis por 15,6% dos homicídios registrados no Brasil”⁹. FALSO! Segundo os dados oficiais¹⁰ aconteceram no Brasil em 2014, 59.627 homicídios, correspondentes a um percentual de 29,1/100 mil habitantes. Caso fossem atribuíveis à Polícia 15,6%, tal cifra corresponderia a 9.301 homicídios, no entanto, foram considerados como oriundos de “enfrentamento policial” 3.009, ou seja, 5,04% do total, 1/3 do constante na matéria.

Continua a matéria: “dois anos antes, em 2012, foram 56 mil os homicídios cometidos por agente de segurança”. FALSO! Segundo os dados oficiais¹¹ foram cometidos no Brasil em 2012, 56.337 homicídios (COMO, a polícia seria responsável por 56 mil?), dos quais decorrentes de “enfrentamento policial” foram computados 2.332, correspondente a 4,14% das mortes.

Por fim, assevera a matéria: “em geral, são homicídios de pessoas já rendidas, que já foram feridas ou alvejadas sem qualquer aviso prévio”. Segundo a matéria, a polícia, no enfrentamento dessa verdadeira guerra assimétrica que vivemos, deveria mandar ‘aviso prévio’¹². Pior: a assertiva é totalmente irresponsável. A experiência de quem se dedicou a trabalhar algum tempo atuando em Vara do Júri (atuei 25 anos em Varas do Júri, como Promotor de Justiça)

⁸ Anistia Internacional. <https://anistia.org.br/>. Human Rights Watch. <https://www.hrw.org/pt>.

⁹ Matéria de outro site, aponta o local onde realizado o levantamento, embora se diga ser do Brasil com um todo (O levantamento se concentrou na Zona Norte do Rio de Janeiro, que inclui a Favela de Acari). <http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2015/09/forca-policial-brasileira-e-que-mais-mata-no-mundo-diz-relatorio.html>.

¹⁰ <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/atlas-da-violencia-2016>.

¹¹ http://www.forumseguranca.org.br/storage/8_anuario_2014_20150309.pdf.

¹² N.A: Provavelmente, na mesma linha de Castanhêde, querem morte de tantos policiais quantos mortos forem os criminosos. <https://www.diariodobrasil.org/jornalista-da-globo-sugere-que-tiroteio-so-e-valido-se-tiver-policiais-mortos/> ou <https://www.jornaldacidadeonline.com.br/noticias/13348/para-jornalista-da-globo-tiroteio-so-se-tivesse-morrido-policiais-veja-o-video>.

permite rebater tal acusação leviana, porque, ao revés do afirmado, em torno de 90% dos casos envolvendo policiais são arquivados por agirem ao amparo da legítima defesa (própria ou de terceiro) ou no estrito cumprimento do dever legal, situações sequer cogitadas pelos organismos responsáveis pelo relatório ou pelo autor da matéria na qual se baseou nosso articulista para fazer a afirmação pueril contida no artigo em foco.

Importante gizar, ninguém quer a impunidade ou salvo conduto para matar e quando são cometidos excessos (aqueles 10% denunciados por serem praticados com abuso) a minoria praticada nas condições mencionadas na matéria, os autores são denunciados e levados a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Como visto, à imprensa se soma parte de nossos juristas – quando só olham para um lado -, os quais, baseados em dados analisados com viés ideológico e de forma açodada, tentam demonizar a polícia brasileira. Tal prática só coloca um epíteto em nosso País: “lugar onde o herói não tem vez”. A sociedade brasileira não pode embarcar nesta canoa – pois ela está furada – e não pode esquecer, principalmente, que a polícia é a última e fragilizada proteção a separar a sociedade ordeira do caos vigente cuja onda ceifa em média a vida de 50 mil brasileiros por ano. Quantos seriam se manietada a polícia?

Por fim, sobre o tema recomendo, pois indispensável, a leitura do artigo: “o mito da polícia bandida”¹³, no qual o autor, discorrendo sobre a guerra assimétrica que vivemos no País, com base em dados e números oficiais e comparando o que pode ser comparado, conclui, com acerto irretocável: “Policiais brasileiros, para proteger a sociedade civil, morrem muito mais do que a média

¹³ PEREIRA, Fábio Costa. http://revistafpolicial.policiamilitar.sp.gov.br/?page_id=3802. Outro importante trecho, constante da conclusão do artigo: “Como não poderia deixar de ser, nestes confrontos entre a sociedade civilizada, representada pelas polícias, e a sociedade incivilizada, representada pelos criminosos, um número crescente de baixas é verificado em ambos os lados. Os estudos oficiais, no entanto, desconhecendo o avanço da sociedade incivilizada e o aumento do grau de agressividade dos criminosos taxam as policiais brasileiras, quando matam em confrontos para proteger a si e a própria sociedade, como virulentas e cruéis, partindo da premissa que cada singular morte corresponde a um injustificado homicídio, criando, assim, o mito de que as polícias brasileiras são, em sua essência violentas”.

nacional. Policiais, antes de algozes, são vítimas da sociedade incivil. Tachar a polícia brasileira como brutal não passa de mito”.

Os velhos crucifixos e os novos vampiros

Percival Puggina

Membro da Academia Rio-Grandense de Letras.
Arquiteto. Escritor. Integrante do grupo Pensar.

Artigo publicado no Blog Puggina, em 7 de fevereiro de 2019

Aparentemente é bem simplória a questão agora suscitada por um vereador de Porto Alegre: se o Estado é laico, os espaços públicos ou, de responsabilidade do Estado, não deveriam ser isentos de qualquer religiosidade? Pagãos como banheiros de estação? Desde essa perspectiva, crucifixo em parede de plenário, ou repartição, seria atropelo à equidade e agravo à Constituição e à Justiça. “Remova-se, então!”, reiteradamente propõem alguns. Tenha-se a coragem, porém, de assumir perante a história o registro da façanha: preserve-se o prego! Preserve-se-o para que todos conheçam o notável serviço público prestado. Preserve-se-o para registrar a anterior existência ali de um crucifixo removido por abusivo, ofensivo, intolerável às almas sensíveis que, em nome da justiça e da equidade, se mobilizaram contra ele.

Por que a retirada de crucifixos é tema polêmico? Por que vira notícia sempre que ressurge para tiquetaquear minuto de fama a alguém? Afinal, estarão enganados os cíclicos autores dessas iniciativas? O dedo acusador da Constituição não aponta para o crucifixo mandando arrancá-lo dali? No entanto, se o admitirmos, teremos que reconhecer como cegos de bengalinha ou iletradas toupeiras, os juristas, parlamentares, professores, constituintes, magistrados, ministros do STF que trabalham em locais públicos onde há crucifixos. Há que declará-los incapazes de entender o que esteve escrito em todas as nossas constituições republicanas sobre separação entre Igreja e Estado.

Os padroeiros da modernidade que esgrimam contra símbolos religiosos esquecem que desde a Constituição de 1891 os preceitos constitucionais sobre essa separação foram deliberados pelos redatores de nossas sete Cartas, maio-

ritariamente cristãos! Ela é concepção da maioria e não é conquista de alguém. Podem sossegar o facho. O país nada deve ao iluminismo temporão.

Pergunto: de cada cem pessoas que ingressam no plenário da Câmara de Vereadores de Porto Alegre, quantas ficam dispneicas, tarquicárdicas ou entram em sudorese se veem um crucifixo? Nenhuma? Pois é. E quantas - na real, sem exageros - se sentirão pessoalmente injuriadas por aquele símbolo? Pois é, de novo. Perante símbolos religiosos – quaisquer símbolos, de qualquer religião! – pessoas normais reagem com respeito ou com indiferença. Indignação, revolta, alergia escapam à normalidade. Portanto, os que investem contra crucifixos e enrolam seus argumentos na Constituição Federal são portadores de uma idiosincrasia, de uma fobia pessoal. Tal abominação é um problema que está nelas. Juro, o crucifixo é inocente! A ideia de sua retirada toma a situação pelo avesso. Considera discriminatória a presença do símbolo, quando discriminador e preconceituoso é quem posa de ofendido por ele. Ou não?

O Estado brasileiro não é ateu, é laico, mas a laicidade, no sentido em que é definida pela Constituição, recusa as pretensões do ateísmo militante. O Estado brasileiro não é inimigo da fé; ao contrário, com vistas ao interesse público, colabora com as confissões religiosas (CF, art.19,I). Prevê assistência religiosa aos que estão presos (CF Art. 5º VII). Também por essa compatibilidade de fins há capelães nas Forças Armadas. Retirar os crucifixos para acolher como saudáveis reações que afrontam a consciência civilizada não é defender o laicismo, mas curvar-se ao ateísmo militante, de pouco futuro e péssimo passado.

Os adversários dos crucifixos referem-no, mas focam, lá na frente, os princípios, os valores e as tradições que lhe são implícitos. Muitos, como os relacionados à defesa da vida, à dignidade e aos direitos humanos, às liberdades, à família, compõem convicções constitucionalizadas no Brasil e se refletem nas deliberações legislativas. É contra esse alvo que o ateísmo militante está declarando guerra e rufando tambores. Não agem por amor à Constituição, mas por repulsa ao perfume cristão que ela legitimamente ainda exala e volta a ser percebido neste novo momento da política nacional.

Curiosa ideia, essa. Em nome do laicismo estatal, num país onde mais de 90% dos cidadãos professam alguma religião cristã, ela desconhece o próprio

povo, sua cultura e sua história e pretende retirar um símbolo que para esse mesmo povo representa o amor de Deus, o amor ao próximo, a Redenção e os mais elevados valores que deveriam iluminar as decisões e a justiça dos homens. E eu pensava que só vampiros tinham horror de crucifixos.

Hospital Geral

Fabio Costa Pereira

Procurador de Justiça no Estado do RS
Presidente da Associação Brasileira dos Estudos da
Inteligência e Contrainteligência (ABEIC)
Especialista em Inteligência Estratégica

Artigo publicado no Diário da Manhã, em 15 de março de 2019

Há alguns poucos anos, na cidade do Rio de Janeiro, cerca de quinze jovens estupraram uma adolescente.

No dia seguinte ao desvelamento do abjeto estupro coletivo, em meio à comoção e revolta geral, como que do nada apareceu, no país, mais um novo “conceito-lacração”: a cultura do estupro.

De um segundo para o outro, através de um verdadeiro passe de mágica, a responsabilidade que deveria ser única e exclusiva dos estupradores, foi diluída entre todos os homens que vivem neste imenso Brasil.

Ao revés de se responsabilizar e criminalizar apenas os autores do hediondo crime, uma entidade abstrata chamada cultura do estupro foi apontada como a criminosa da vez, atenuando, via de consequência, a culpa dos algozes da vítima.

Ora, se o estupro é uma questão “cultural”, dentro desta (i)lógica, os agressores apenas expressaram um padrão comportamental da sociedade, este sim reprovável.

Não se enganem caros leitores, o que eu narrei aqui não se trata de um mero caso fortuito ou isolado.

Em nosso país, infelizmente, questões relativas ao crime são tratadas, por nossos “especialistas”, mais como problema de Saúde do que de Segurança Pública.

O crime, para eles, é apenas um sintoma da “doença” pobreza e desigualdade social (empiricamente, como falei no último artigo, a afirmação não se sustenta).

O Estado e a sociedade, por não proverem ao “pobre” criminoso todos os meios materiais e apoio imaterial de que ele necessita para ter uma vida plena e feliz, são a causa da doença.

Os presídios, ainda nessa ótica, são centros hospitalares onde o criminoso deve ser tratado e curado, jamais penalizado por seu ato. No caso, ressocializado.

Na visão sanitária do crime, a pena abandona o seu caráter principal, a punição/contenção do criminoso, e se torna um amargo remédio (que um dia deve ser abandonado pela sociedade) a ser ministrado no “paciente”.

A dor da vítima e os anseios de segurança da sociedade, nesse contexto, pouco ou nada importam, pois, ao fim e ao cabo, são elas as verdadeiras “culpadas” pelo Crime ou crimes cometidos.

A única “vítima”, portanto, neste hospital geral que se tornou a repressão ao crime no Brasil, é o criminoso.

Uma decisão para reflexão

Ocorrência nº 278/152907/2019

Thiago Dias da Cunha

Juiz de Direito

PLANTÃO JUDICIÁRIO

Ocorrência nº 278/152907/2019

Vistos.

Em tela, Auto de Prisão em Flagrante de XXXX.

Analisando o expediente, verifico que foram cumpridas todas as formalidades previstas nos artigos 304 e 306 do CPP.

Nesse passo, não havendo irregularidades ou vícios no ato da Autoridade Policial, HOMOLOGO a prisão em flagrante de XXXX.

Outrossim, entendo presentes os requisitos da prisão preventiva.

Como vê do relato do auto de prisão em flagrante, a gravidade em concreto é elevada, isso porque a conduta do flagrado terminou por ceifar a vida da vítima XXXX.

Não bastasse, não é possível extrair, neste momento processual, que o fato tenha sido praticado em contexto de legítima defesa. O próprio flagrado refere que, após pegar uma faca na cozinha, a vítima fugiu. Contudo o flagrado a perseguiu e, ato contínuo, deu quatro ou cinco facadas nela.

Em arremate, XXXX informou que era amigo da vítima e que esteve num bar com ela horas antes. Ora, é evidente que um indivíduo que mata um amigo a facadas é perigoso socialmente (o que não faria ele contra aqueles que não são seus amigos?), pelo que há que se acautelar o meio social.

Ante o exposto, com fundamento nos arts. 310, II, 312 e 313, I, todos do CPP, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA de XXXX para garantia da ordem pública.

- Da audiência de custódia

Deixo de designar a audiência de custódia em razão da inconstitucionalidade da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.

Ressalto que, em nossa ordem constitucional, qualquer membro do Poder Judiciário é competente para declarar, em caráter incidental, a inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo do Poder Público – competência constitucional que ora exercito.

Com a edição da referida resolução, o CNJ extrapolou a missão que lhe foi outorgada pelo Constituinte Derivado (controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura – art. 103-B, § 4º, da CRFB/88) e invadiu competência privativa do Congresso Nacional para legislar sobre matéria processual penal (arts. 22, I, *c/c* 48, *caput*, da CRFB/88).

Além disso, nenhum dos incisos do art. 103-B, § 4º, da CRFB/88 (que estabelece as atribuições do CNJ) possibilita que seja imposta a adoção de rotinas ou procedimentos não previstos em lei pelos tribunais, o que também viola a garantia de autogoverno dos tribunais, proclamada no art. 96 da Carta Republicana.

Ainda que se cogite que a Resolução 213 apenas regulamentou um direito previsto em tratado internacional (o que, particularmente, entendo não ser a hipótese), tal providência, por disposição do próprio constituinte originário, pode ser adotada apenas pelo Congresso Nacional. Ou, para sanar eventual omissão legislativa, deve-se provocar o Poder Judiciário por meio de mandado de injunção – do que não se tem notícia.

Registro que eventual importância do instituto para alguns setores não tem o condão de convalidar a forma inconstitucional de sua implementação – os fins não justificam os meios, a despeito da eventual nobreza do resultado almejado.

Na verdade, a relativização do Princípio da Legalidade (garantidor de que qualquer obrigação a ser imposta ao Estado ou ao indivíduo, antes de entrar em vigor, passe pelo crivo de representantes dos mais diversos setores da sociedade) constitui-se em perigoso precedente.

Em acréscimo, a resolução 213 do CNJ cria obrigações para instituições e entidades externas ao Poder Judiciário (Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia Civil, Polícia Militar e órgãos gestores do Sistema Prisional) o que também é incompatível com a competência constitucional do referido colegiado e ao arrepio da separação dos Poderes.

Ainda nessa senda, a autonomia administrativa e funcional do Ministério Público (art. 127, § 2º, da Constituição Federal) e da Defensoria Pública (art. 134, § 2º, da Constituição Federal) não pode ser relativizada por norma sem caráter de lei formal e advinda de órgão a que tais instituições não estão vinculadas.

Sem contar que a realização das audiências de custódia, nos prazos regulados, acarretará em vulneração de prerrogativas do Ministério Público e da Defensoria Pública, dado que, na maioria dos casos, não haverá tempo hábil para intimação pessoal com vista dos autos previamente à realização do ato.

Daí exsurge outro perigosíssimo precedente. E fica a indagação: quais serão as outras garantias e prerrogativas do Ministério Público e da Defensoria Pública que serão suplantadas por ato administrativo?

Por essas razões, com fundamento nos arts. 2º; 5º, LXXI; 22, I; 48, *caput*; 96; 103-B, § 4º; 127, § 2º e 134, § 2º, todos da CRFB/88, declaro incidentalmente a inconstitucionalidade da Resolução 213 do CNJ e, por tal razão, deixo de designar audiência de custódia.

Cabe o registro, outrossim, de que o Superior Tribunal de Justiça, corte superior com competência para uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional (o que inclui os tratados internacional com status supralegal) possui entendimento pacífico de que a ausência da audiência de custódia não acarreta ilegalidade da prisão. Por todos, colho o seguinte precedente:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. De acordo com o entendimento da Quinta Turma desta Corte, a sentença penal condenatória superveniente, que não permite ao réu o recurso em liberdade, somente constitui novo título quando

trouxer fundamentos diversos daqueles utilizados na decisão que decretou a prisão preventiva (RHC 56.073/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/8/2015). 2. **A não realização da audiência de custódia, segundo pacífico entendimento desta Corte, não tem o condão de ensejar a nulidade da prisão em flagrante, sobretudo quando posteriormente convertida em preventiva, nos termos do art. 312 do CPP.** 3. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. 4. No caso dos autos, a recorrente é reincidente específica e já se envolveu em outras ocorrências delitivas, o que justifica sua segregação cautelar para garantia da ordem pública, como forma de evitar a reiteração delitiva. 5. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. STJ. RHC 90346/MG. Quinta Turma. Rel. Ministro Ribeiro Dantas. Publicação: DJe 14/11/2018. (grifei)

Também, como amplamente divulgado na imprensa, houve a recente prisão do Governador do Rio de Janeiro decretada pelo Superior Tribunal de Justiça sem que fosse realizada audiência de custódia, o que demonstra cabalmente que a citada corte superior entende pela sua desnecessidade.

Por fim, ressalvo a possibilidade de que o Ministério Público, a Defensoria Pública ou a OAB (entidades vocacionadas à defesa dos direitos humanos), com base no direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, a, da CF, requeiram a realização de audiência com pessoa privada da liberdade, nos casos em que haja indícios de tortura ou vulneração de direitos fundamentais por ocasião do ato de prisão.

Intimem-se, inclusive o MP.

Comunique-se à Autoridade Policial.

Apense-se ao expediente em que deferidas as medidas protetivas.

Dil.

São Luiz Gonzaga/RS, 19 de janeiro de 2019.