

Capacitar

Curso de Ingresso e Vitaliciamento
para Promotores de Justiça Militar



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

Carlos Henrique Martins Lima

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

Sandra Lia Simón

Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União

CÂMARA EDITORIAL - CED

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Antonio do Passo Cabral

Procurador da República

André Batista Neves

Procurador da República

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Carolina Vieira Mercante

Procuradora do Trabalho - Coordenadora da CED

Ricardo José Macedo Britto Pereira

Subprocurador-Geral do Trabalho

MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas

Procurador de Justiça Militar

Selma Pereira de Santana

Promotora de Justiça Militar

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Antonio Henrique Graciano Suxberger

Promotor de Justiça

Maria Rosynete de Oliveira Lima

Procuradora de Justiça

Organizador
Alexandre Reis de Carvalho

Capacitar

Curso de Ingresso e Vitaliciamento
para Promotores de Justiça Militar



ESMPU

Brasília-DF

2017

Série Capacitar

Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU

SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2º andar

70200-640 – Brasília-DF

Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185

Home page: <www.escola.mpu.mp.br>

E-mail: <asseduc@escola.mpu.mp.br>

© *Copyright* 2017. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional

Nelson de Sousa Lima

Assessoria Técnica-Chefia

Lizandra Nunes Marinho da Costa

Assessoria Técnica-Revisão

Carolina Soares dos Santos

Assessoria Técnica-

Programação Visual

Natali Andrea Gomez Valenzuela

Preparação de Originais

Davi Silva do Carmo

Revisão de Provas

Davi Silva do Carmo, Bárbara Seixas

Arreguy Pimentel e Lia Samantha

Rolán Barbosa

Capa

Sheylise Rhoden

Projeto Gráfico

André de Sena e Natali Valenzuela

Diagramação

Natali Andrea Gomez Valenzuela

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda

SIG Quadra 8, 2268

70610-480 – Brasília-DF

Tel.: (61) 3344-2112

E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem

1.000 exemplares

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

C977 Curso de Ingresso e Vitaliciamento para Promotores de Justiça Militar (Brasília)

Capacitar / Organizador : Alexandre Reis de Carvalho; Colaboradores :
Cícero Robson Coimbra Neves ... [et al.]. - Brasília : ESMPU, 2017

174 p. (Série capacitar : v.3)

ISBN 978-85-9527-006-0

Publicado também em versão eletrônica, ISBN 978-85-9527-007-7

1. Ministério Público 2. Ministério Público Militar - atuação. 3. Justiça militar da União 4. Polícia judiciária militar 5. Sistema penal militar. I. Carvalho, Alexandre Reis de . II. Neves, Cícero Robson Coimbra. III. Farias, Jorge Augusto Caetano de. IV. Neo, Karollyne Dias Gondim. V. Silva, Luiz Felipe Carvalho. VI. Porto, Mário André da Silva. VII. Lacava Filho, Nelson. VIII. Série.

CDD 341.413

COLABORADORES

Cícero Robson Coimbra Neves

Promotor de Justiça Militar. Capitão da Reserva não Remunerada da Polícia Militar-SP. Mestre em Direito Penal pela PUC-SP. Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pelo Centro de Altos Estudos de Segurança da Polícia Militar-SP (CAES). Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (ESMP). Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Diplomado Internacional em Direitos Humanos pela Universität Heidelberg e pelo Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

Jorge Augusto Caetano de Farias

Promotor de Justiça Militar. Membro auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público junto à Comissão de Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública. Mestrando em Direito, Ciências, Instituições e Desenvolvimento – Universidade Católica de Brasília / Escola Superior do Ministério Público da União.

Karollyne Dias Gondim Neo

Promotora de Justiça Militar. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas.

Luiz Felipe Carvalho Silva

Promotor de Justiça Militar. Representante do Ministério Público Militar na ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro e nos Programas Nacionais de Lavagem de Ativos. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera – UNIDERP.

Mário André da Silva Porto

Promotor de Justiça Militar. Ex-advogado, especializado em Direito Militar. Formado pela Escola de Sargentos das Armas, servindo no Exército Brasileiro até o ano de 2002. Professor de Direito Penal Militar do Curso de Pós-Graduação em Direito Militar pelo Centro Brasileiro de Estudos Jurídicos – CBEPJUR. Professor de Direito Penal Militar e Processo Penal Militar do Centro de Estudos de Direito Militar – CESDIM. Professor de Direito Penal e Processual Penal Militar do Curso de Pós-Graduação em Direito Aplicado ao MPU, da Escola Superior do Ministério Público da União.

Nelson Lacava Filho

Promotor de Justiça Militar. Mestre e doutorando em Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO

Relaxamento da prisão em flagrante por autoridade de polícia judiciária militar	
Cícero Robson Coimbra Neves	11
Inspeção prisional pelo Ministério Público Militar: atuação extrajudicial em busca de efetividade e de resolutividade	
Jorge Augusto Caetano de Farias	37
A regulamentação da audiência de custódia na Justiça Militar da União	
Karollyne Dias Gondim Neo	67
Os limites fronteiriços entre o dolo eventual e a culpa consciente nas "brincadeiras" dentro do quartel que resultam em crimes	
Luiz Felipe Carvalho Silva	91
A defesa da lei em tese no processo penal militar e a reforma da Justiça Militar da União	
Mário André da Silva Porto	121
As causas do ativismo judicial e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao sistema penal militar brasileiro	
Nelson Lacava Filho	145

APRESENTAÇÃO

Não se capacitam bons servidores e membros do Ministério Público somente com a transmissão de sólido conhecimento jurídico. Para o educador suíço Johann Pestalozzi, a formação do indivíduo e a construção do conhecimento passa necessariamente pelas dimensões da mente, mãos e coração (*kopf, herz und hand*)*. No universo corporativo contemporâneo, os fundamentos e princípios que estruturam a *gestão da competência* têm-se concentrado no tridimensional estudo e desenvolvimento do *conhecimento, habilidade e atitude*. Tais premissas têm-se revelado igualmente válidas para o planejamento e execução das atividades finalísticas de todas escolas; principalmente, no desenvolvimento dos cursos de formação inicial de qualquer profissão.

No âmbito da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), tem-se verificado que essa fase inicial da carreira é o momento em que os membros do Ministério Público encontram-se mais abertos e desejosos de desenvolverem novos conteúdos cognitivos, sociais e afetivos; o que tem conferido aos cursos de formação de membros a oportunidade única na carreira para capacitar e desenvolver competências humanistas e comportamentais – pessoais, profissionais, relacionais, afetivas, atitudinais e gerenciais – e, como consequência, tornar a instituição Ministério Público ainda mais una, indivisível, independente e eficiente na realização do seu importante papel constitucional (e resolutivo) de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Consciente dessa realidade e responsabilidade, é com alegria e sentimento de inovação e dever bem cumprido que a ESMPU apresenta o terceiro volume da *Série Capacitar*, contendo seis artigos produzidos como trabalho de conclusão do Curso de Ingresso e Vitaliciamento para Promotores de Justiça Militar (CIV-MPM).

Nesta edição, a tutela (judicial e extrajudicial) da hierarquia e disciplina militar – como bens jurídicos instrumentais, constitucionalmente protegidos e de interesse social – é o tema central da atuação funcional

* SOËTARD, Michel. *Johann Pestalozzi*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco; Editora Massangana, 2010, pp. 21-26.

dos autores e conteúdo dos artigos, que ganha destacada relevância nos tempos atuais em decorrência do incremento na atuação das Forças Armadas nas múltiplas tarefas que lhes têm sido exigidas pelo mandato constitucional pátrio (eleições, forças de pacificação e estabilização, greves dos órgãos de segurança públicos, mandatos da ONU, repressão a crimes transfronteiriços e ambientais), como também pelo direto relacionamento com a sociedade civil na busca do desenvolvimento nacional e paz social.

Ao reafirmar seu papel de centro de capacitação e produção do conhecimento jurídico, a ESMPU agradece a colaboração dos autores, desejando que esses novos olhares trazidos sobre velhas (e atuais) questões possam estimular maiores reflexões e melhores práticas na transformação institucional e da sociedade.

Boa leitura!

Alexandre Reis de Carvalho

Promotor de Justiça Militar

Coordenador do CIV-MPM

Cícero Robson Coimbra Neves

Relaxamento da prisão em flagrante por
autoridade de polícia judiciária militar

Sumário

1 Introdução

2 Torneando a reserva de jurisdição na Constituição Federal

3 Espírito libertário da Constituição Federal

4 Prisão em flagrante delito: pressupostos/requisitos, fases e o desenho da prisão ilegal

5 Possibilidades na atuação da autoridade de polícia judiciária militar

6 A recepção do § 2º do art. 247 do CPPM pela Constituição Federal

7 Atribuição legal do Ministério Público Militar diante da prisão em flagrante ilegal

8 Conclusão

1 Introdução

Quase como um “mantra jurídico” se perpetuando na mente dos atores do Direito, tem-se a visão de que o ato de relaxamento da prisão em flagrante delito sempre estará adstrito à atividade jurisdicional, consistindo em uma das possibilidades marcadas pela chamada reserva de jurisdição.

Essa premissa tem servido, acriticamente, para afastar a possibilidade de relaxamento de prisão em flagrante ilegal pela autoridade de polícia judiciária militar¹, prevista no § 2º do art. 247 do Código de Processo Penal Militar, mesmo nos casos em que não tenha havido ainda a comunicação à autoridade judiciária.

Ocorre que, cada vez mais, há um juízo de censura aguçado sobre a atuação das autoridades policiais no que concerne ao exercício de polícia investigativa (comum ou militar). Não raramente, surgem tópicos afetos ao assunto, buscando – não sem razão, frise-se – um controle maior da persecução criminal por esses atores, podendo-se enumerar na “ordem do dia” a implantação da audiência de custódia, caminho efusivamente defendido sob o argumento de que essa solenidade judicial deveria ser exigida desde 1992, quando o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que dispõe sobre a questão no seu art. 7º, item 5².

Nesse contexto, reputa-se ultrapassada uma postura que defenda que aquele que possui o poder de prender em flagrante não possa, até determinada fase do procedimento de prisão, rever o ato por ele próprio praticado ou por autoridade delegada chegando ao relaxamento de uma prisão, quando ilegal.

Urge, portanto, buscando-se o máximo amparo constitucional, revisitar o tema com o objetivo de, se não promover a mudança da

1 Alerte-se que a expressão “autoridade de polícia judiciária militar” tem como sinônimas neste texto as expressões “autoridade militar” e, eventualmente, de acordo com o contexto, “autoridade policial”.

2 “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prosiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

vertente dominante, ao menos engrandecer a discussão, trazendo maior segurança aos agentes públicos responsáveis pela persecução criminal.

2 Torneando a reserva de jurisdição na Constituição Federal

Deve-se inaugurar a discussão com a busca da exata – ou mais exata possível – compreensão do que se deve ter por reserva de jurisdição na Constituição Federal (CF).

Sabe-se, com certa tranquilidade, que a quase totalidade dos direitos fundamentais não é absolutamente inviolável. Como regra, os direitos grafados no texto constitucional podem sofrer lesões, isso quando em confronto com outros direitos, também de mote constitucional, que em um caso concreto se tornam prevacentes.

Existem, é fato, direitos fundamentais que, à exceção, não admitem violação em nenhuma hipótese. Sobre o assunto, muito bem dispõe Uadi Lammêgo Bulos (2010, p. 520-521):

Os direitos e garantias fundamentais, em regra, são relativos, e não absolutos.

Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Embasado no *princípio da convivência entre liberdades*, a Corte concluiu que nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, as quais sofrem *limitações* de ordem ético-jurídica. Essas *limitações* visam, de um lado, tutelar a integridade do interesse social e, de outro, assegurar a convivência harmônica das liberdades, para que não haja colisões ou atritos entre elas. Evita-se, assim, que um direito ou garantia seja exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

[...].

Inegavelmente, há situações em que um direito ou garantia fundamental é absoluto, devendo ser exercido de maneira irrestrita. É o caso da proibição à tortura e do tratamento desumano ou degradante. Aqui não existe relativização alguma. O marginal, assaltante, sequestrador, meliante, corrupto ou “monstro” da pior estirpe não pode ser torturado com o uso de expedientes psíquicos ou materiais. Aqui o inciso III do art. 5º da Carta Maior consagra, sim, uma garantia ilimitada e absoluta. [...].

A violação dos direitos constitucionalmente previstos – aqueles que a admitem, claro – muitas vezes se dá com permissão da própria Constituição, identificando-se inicialmente duas possibilidades estruturais no texto da “Lei Maior”, a saber: 1) quando a própria norma que garante o direito menciona situações em que poderá ele ser restringido, seja por ordem judicial fundamentada ou por outro meio textualmente previsto; 2) quando também há a garantia do direito no texto da CF, havendo a expressa possibilidade de sua limitação por decisão judicial fundamentada, mas de acordo com parâmetro legal, torneado por norma infraconstitucional.

Como exemplo da primeira estrutura, o inciso XI do art. 5º da CF sacramenta a inviolabilidade de domicílio, dispondo que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Claramente o próprio texto constitucional já consignou as exceções em que se relativiza o direito garantido, sendo uma delas a determinação judicial, fruto, obviamente, de uma decisão fundamentada, por imposição do inciso IX do art. 93 também da CF.

Exemplificando a segunda estrutura, tem-se o inciso XII do art. 5º da CF, no que concerne ao sigilo das comunicações telefônicas do cidadão, dispondo que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Neste caso, após sacramentar a inviolabilidade das comunicações telefônicas, o legislador constituinte abriu caminho para a relativização por ordem judicial – obviamente também resultante de uma decisão fundamentada –, mas condiciona essa autorização a parâmetros adicionais, definidos pelo legislador infraconstitucional.

Em ambas as estruturas, frise-se, houve expressamente a possibilidade de violação do direito fundamental reconhecido, enumerando-se, ademais, parâmetros mínimos para essa turbação, sendo relevante para o raciocínio em construção a via da ordem judicial.

Há casos, entretanto, em que o direito é somente assentado, garantido, não havendo no texto constitucional a representação de uma

turbação ou de critérios para tanto. *In exemplis*, é o que ocorre com o sigilo de correspondência, também previsto no inciso XII do art. 5º da CF, em que não se prevê sequer possibilidade de turbação por ordem judicial.

Nessas situações, há quem defenda a aplicação do princípio da proporcionalidade a possibilitar a relativização da inviolabilidade, inclusive sem a necessidade, em casos extremos, de ordem judicial³, o que parece ser a visão minoritária. Outros admitem a relativização, mas apenas por ordem judicial fundamentada (SANT'ANA, 2014).

Seja como for, nas três possibilidades de violação de direitos fundamentais enumeradas, a ordem judicial fundamentada é um dos caminhos para sua efetivação, e é exatamente nesse cenário que surge a ideia da reserva de jurisdição, segundo a qual, afora as exceções trazidas no próprio texto constitucional – *v.g.* a prisão de uma pessoa, pelo inciso LXI do art. 5º da CF, pode também se dar, além de por determinação judicial em decisão fundamentada, por autoridade administrativa na prisão em flagrante e por autoridade militar nas transgressões disciplinares –, os direitos fundamentais admitiriam turbação apenas em decorrência de decisão fundamentada de autoridade judiciária no exercício de sua jurisdição.

Paradigmática no torneamento da reserva de jurisdição foi a decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 23.452/RJ, discutindo limites de atuação de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), em que se decidiu:

[...]. O postulado de reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais [...]. (STF, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.9.1999).

Ressalte-se que, até aqui, todas as discussões instaladas estão circunscritas à constrição de direitos do cidadão, e não à concessão

3 Relativizando a restrição à violação da correspondência prevista no inciso XII do art. 5º da CF, por todos, vide Silva (2007, p. 73).

ou respeito a esses direitos, o que parece levar a uma bifurcação muito relevante na interpretação.

Pormenorizando essa “bifurcação interpretativa”, com efeito, a leitura constitucional de dispositivos que permitem a turbação de direitos individuais deve ser estrita, limitada às exatas permissões legais, assim como aqueles que não trazem a possibilidade de violação do direito em seu próprio texto devem, como regra, ficar condicionados a uma decisão judicial fundamentada.

De outro giro, a rigidez na interpretação não pode ser a mesma quando a questão for de garantia e não de constrição de um direito fundamental da pessoa, firmando-se nessas situações uma interpretação que prestigie o respeito à liberdade pública em discussão.

Colocando essa moldura de interpretação no inciso LXV do art. 5º da CF, de forma muito clara, verifica-se tratar de situação que merece a interpretação mais favorável à garantia do direito fundamental, não se podendo ficar em uma rasa literalidade da reserva de jurisdição para o relaxamento da prisão, conforme será demonstrado.

3 Espírito libertário da Constituição Federal

Além da “bifurcação interpretativa” acima delineada, deve-se guardar como pressuposto o ideal libertário da CF, seu espírito favorecedor do *status libertatis*, que não poderia ser diferente, uma vez que inserida no conceito mais abrangente de democracia, cujos valores reitores são a liberdade e a igualdade.

Nesse sentido, lapidar o ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p. 99):

Fundamentalmente são dois os valores que inspiram a democracia: *liberdade* e *igualdade*, cada um destes valores, é certo, com sua constelação de valores secundários. Não há concepção da democracia que não lhes rendam vassalagem, ainda que em grau variabilíssimo. E pode-se até, conforme predomine este ou aquele valor, distinguir as concepções *liberais* das concepções *igualitárias* da democracia.

Certamente, desde o Preâmbulo, com a declaração de que a Assembleia Nacional Constituinte buscou instituir um Estado Democrático para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, o Estado Brasileiro aderiu a uma concepção democrática que deve essa relação de vassalagem para com os valores da liberdade e da igualdade, concluindo-se que toda interpretação constitucional encontrará maior segurança se deles partir.

Não se olvide que o Preâmbulo

[...] não é um conjunto de *preceitos*, mas de *princípios*. Tais princípios exercem força centrípeta sobre as demais normas da constituição, projetando sua relevância no nível da interpretação. Não criam direitos nem deveres e só se prestam ao mister interpretativo se tomados em seu conjunto, quando comparados às demais normações constitucionais. Por conseguinte, são úteis à compreensão da filosofia do constituinte, da diretriz abraçada para expressar o caráter ideológico que embasa a constituição como um todo. E para os defensores do termo *espírito da constituição*, o preâmbulo desempenha o desígnio de fixar o roteiro básico, que vale como princípio orientador na captação do significado profundo do conteúdo daquelas expressões e terminologias enfeixadas nas disposições constitucionais. (BULOS, 2012, p. 41).

Há, então, uma força motriz constitucional, um espírito reitor que aponta para a garantia dos valores maiores da democracia – a liberdade e a igualdade –, significando dizer que caminhará muito bem, ainda mais com a chancela do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), a interpretação de dispositivos constitucionais que favoreça o exercício das liberdades públicas.

4 Prisão em flagrante delito: pressupostos/ requisitos, fases e o desenho da prisão ilegal

Lançadas as balizas constitucionais do raciocínio, deve-se particularizar a discussão na prisão em flagrante, em seus pressupostos (ou requisitos, como preferem alguns), nas fases e nas situações em que deve ela ser considerada ilegal.

A prisão em flagrante pela prática de um crime militar está enumerada entre as medidas preventivas e assecuratórias que podem recair sobre a pessoa, a partir do art. 243 do Código de Processo Penal Militar (CPPM). É uma “espécie de prisão provisória, com a característica de que *poderá* ser realizada por qualquer pessoa (*faculdade*) e de que *deverá* ser realizada pelas autoridades policiais e militares (*obrigação, dever*)” (ASSIS, 2012, p. 340), diante da constatação de determinados pressupostos ou requisitos.

Modernamente, é enxergada como medida excepcional, de caráter cautelar, que deve ser adotada em situações muito peculiares e sujeita, durante seu curso, a testes de legalidade sucessivos, além, claro, de uma verificação de necessidade, recomendando-se, nesse propósito, o cotejo com os fundamentos da prisão preventiva, também uma providência que recai sobre as pessoas (Capítulo III) no bojo das medidas preventivas e assecuratórias (Título XIII) do CPPM.

Sobre a prisão preventiva, Scarance ensina (2010, p. 284):

A hipótese clássica de prisão cautelar no sistema brasileiro é a prisão preventiva, regulada nos arts. 311 a 316 do CPP. No art. 312 estão presentes os dois pressupostos de toda prisão cautelar: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. A fumaça do bom direito é exigência da segunda parte do referido dispositivo, quando prevê, para a decretação da prisão preventiva, a existência do crime e indício suficiente de autoria. O *periculum* encontra-se previsto nas quatro hipóteses autorizadoras da prisão constantes da parte inicial do mencionado artigo, ou seja, prisão para garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Repita-se com o autor que toda prisão cautelar – e, portanto, também a prisão em flagrante, a prisão do desertor e do insubmisso, em especial, nos últimos casos, para os que defendem ser necessário prender em flagrante o desertor e o insubmisso⁴ – deve ser arrimada no *fumus commissi delicti*, que se traduz pela exigência de prévia constatação da existência de crime e de indício suficiente de autoria.

4 Nesse sentido, *vide* Roth (2015, p. 188).

Também nesse sentido é o magistério de Aury Lopes Junior (2013, p. 787):

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade da existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Especificamente no caso da prisão em flagrante, a prévia constatação da existência de um crime e os indícios suficientes de autoria serão – ou deveriam ser – uma consequência lógica das hipóteses de flagrância do art. 244 do CPPM. Por elas, as circunstâncias em que o pretense autor do fato foi encontrado – claro, desde que se possa subsumir esse fato analisado a um tipo penal militar incriminador – evidenciam, por si sós, o liame entre autor e fato, marcando-se os suficientes indícios de autoria. Preenche-se, portanto, o *fumus comici delicti*.

No entanto, como asseverou também Scarance, é pressuposto de toda prisão cautelar o *periculum libertatis*, exigindo-se a avaliação da necessidade de segregação do autor do fato, mesmo sem condenação transitada em julgado, incidindo como bom parâmetro os requisitos da prisão preventiva enumerados nas alíneas do art. 255 do CPPM, ou seja, a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal, a periculosidade do indiciado ou acusado, a segurança da aplicação da lei penal militar e a exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado, bastando a presença de um deles.

Essa, então, é a primeira tarefa do ator do Direito Penal Militar, especialmente a autoridade de polícia judiciária militar, ao avaliar uma prisão em flagrante a ser levada a efeito ou já executada, possibilitando o início das fases ou momentos da prisão em flagrante, que consistem na captura, na condução coercitiva, na lavratura do auto de prisão em flagrante e no recolhimento à prisão.

Avaliando essas fases à luz do Código de Processo Penal (CPP), Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 860) dispõe:

No primeiro momento, o agente encontrado em situação de flagrância (CPP, art. 302) é capturado, de forma a evitar que continue a praticar o ato delituoso. A captura tem por função precípua resguardar a ordem pública, fazendo cessar a lesão que estava sendo cometida ao bem jurídico pelo impedimento da conduta ilícita. Após a captura, o agente será conduzido coercitivamente à presença da autoridade policial para que sejam adotadas as providências legais. De seu turno, a lavratura é a elaboração do auto de prisão em flagrante, no qual são documentados os elementos sensíveis existentes no momento da infração. Este ato tem como objetivo precípua auxiliar na manutenção dos elementos de prova da infração que se acabou de cometer. Por fim, a detenção é a manutenção do agente no cárcere, que não será necessária nas hipóteses em que for cabível a concessão de fiança pela autoridade policial, ou seja, infrações penais cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos (CPP, art. 322, com redação dada pela Lei n. 12.403/11). Ao preso, depois, deve ser entregue nota de culpa, em até 24 (vinte e quatro) horas após a captura.

Acrescente-se à dinâmica versada pelo autor a necessária comunicação ao juiz, à família do preso, ou a quem ele indicar (inciso LXII do art. 5º da CF), ao Ministério Público (art. 10 da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993) e à Defensoria Pública, nos casos em que o preso não tenha advogado constituído (inciso XIV do art. 4º da Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994). Adicione-se que em todos os momentos deve o preso ter respeitados outros direitos constitucionalmente consagrados, como a faculdade de se calar diante das autoridades responsáveis pela prisão (inciso LXIII do art. 5º da CF), que, aliás, ele tem o direito de saber quem são (inciso LXIV do art. 5º da CF).

A não observância dos pressupostos ou a negação de formalidades que importem em lesão a direito do preso significarão ilegalidade na prisão em flagrante. Assim, à guisa de exemplo, será ilegal a prisão em flagrante em que não haja a constatação da materialidade de um crime militar ou não haja estrita adequação das circunstâncias fáticas a uma das hipóteses trazidas pelo art. 244 do CPPM. Também será ilegal a prisão em flagrante em que o preso tenha confessado a infração penal militar, por não ter sido advertido de que não era obrigado a fazê-lo.

A autoridade judiciária, evidentemente, é competente para o relaxamento da prisão ilegal, quando for comunicada e tomar contato com os

fatos, por exemplo, ao receber o caderno do procedimento de prisão, em alinhamento à expressa previsão do inciso LXV do art. 5º da CF. Resta saber se também o pode a autoridade de polícia judiciária militar, enquanto não comunicada a prisão à autoridade judiciária.

É o que será explorado a partir de agora.

5 Possibilidades na atuação da autoridade de polícia judiciária militar

O CPPM, em alguns dispositivos, traz maior possibilidade de atuação da autoridade de polícia judiciária militar quando comparado ao CPP. Por todos, tome-se o art. 22 da Lei Processual Penal Militar, que, ao tratar do encerramento do Inquérito Policial Militar (IPM), permite que o encarregado do procedimento manifeste sua opinião sobre a existência de crime militar e de transgressão disciplinar.

Ao possibilitar que o encarregado se manifeste sobre o crime, o CPPM confere à autoridade militar detentora das atribuições de polícia judiciária o poder-dever de incursionar na teoria do delito, sendo livre para apontar o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade, em especial na lógica causalista neoclássica do Código Penal Militar (CPM).

Claro que essa avaliação poderá ser contraposta pelo *Parquet*, titular da ação penal militar, mas esse controle *a posteriori* não há que podar as autoridades de polícia judiciária militar, impedindo-as de opinar sobre a existência de crime.

Não parece ser diferente a lógica que impulsiona a prisão em flagrante, porquanto o art. 243 do CPPM impõe aos militares que a prisão tome corpo quando houver situação de flagrante delito, expressão que, como já se defendeu alhures, é pormenorizada pelo art. 244 do CPPM, que, por sua vez, ao enumerar as hipóteses de flagrante, reporta-se, direta ou indiretamente, à ocorrência de um crime (NEVES, 2008). Como exemplo, tome-se a primeira das hipóteses, a do flagrante próprio (art. 244, alínea *a*, do CPPM), que dispõe estar em flagrante delito aquele que está cometendo o crime.

Essa realidade normativa, inexoravelmente, conduz a uma situação tal que a autoridade de polícia judiciária militar somente poderá prender alguém em flagrante delito após uma análise – inicial e sem vincular o *dominus litis*, como ressaltado, mas ainda assim uma análise – acerca do conceito analítico de crime, ingressando por seus elementos genéricos (fato típico, antijuridicidade e culpabilidade).

Havendo essa liberdade de atuação da autoridade na persecução criminal para apontar o crime no IPM, ou para efetuar a prisão em flagrante, será ela naturalmente reconhecida também em situações inversas, quando a decisão da autoridade seja em favor da garantia da liberdade ambulatorial do cidadão.

Obviamente, essa responsabilidade ímpar exige sempre a busca do melhor preparo jurídico das autoridades de polícia judiciária militar, mas a eventual constatação de despreparo não pode penalizar o cidadão foco da persecução criminal, o que impõe o comportamento de que a insegurança da referida autoridade deverá obstar a prisão em flagrante, evitar o indiciamento em IPM, favorecer o relaxamento de prisão etc.

Um comportamento da autoridade policial em sentido diverso, espontâneo ou incentivado pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário, tornando a prisão em flagrante uma constante, uma regra a somente ser desfeita pelo juiz, traria consequências muito impactantes não só no âmbito pessoal do preso – antecipação da pena de prisão, custos inerentes à contratação de advogados para a atuação na seara criminal e administrativo-disciplinar etc. –, mas também de ordem institucional, a exemplo, no caso dos militares do Estado, de um inevitável desestímulo na atuação diária de polícia ostensiva e preservação da ordem pública, que afetaria a própria eficiência da Força Auxiliar.

6 A recepção do § 2º do art. 247 do CPPM pela Constituição Federal

Retome-se que a expressão “relaxamento de prisão” está atrelada à detecção de prisão ilegal, como ensina Edilson Mougenot Bonfim (2008, p. 411):

A liberdade provisória não se confunde com o relaxamento da prisão. Embora ambas se refiram à prisão em flagrante, na liberdade provisória a prisão é legal, mas desnecessária. Já no caso do relaxamento, a prisão é ilegal.

Essa concepção é confirmada pelo preceito constitucional do inciso LXV do art. 5º, segundo o qual “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

Entretanto, qual a correta interpretação para esse comando constitucional? Sedimentaria ele a já torneada reserva de jurisdição para o relaxamento da prisão? Em outras letras, deve-se entender que só ao juiz cabe o relaxamento de qualquer prisão ilegal ou que o juiz – além de outras autoridades, mas certamente ele, como último recurso – deverá relaxar toda prisão ilegal que chegar ao seu conhecimento?

Avaliando-se as fases da prisão em flagrante, já desenhadas, é possível representar necessários momentos sucessivos de confronto de legalidade da prisão em flagrante. Uma espécie de “análise por comportas”, que tem o objetivo de, ao final, prestigiar a liberdade do cidadão, somente permitindo o encarceramento como exceção: primeiro, a autoridade policial diante da apresentação do preso pelo condutor que o capturou; segundo, ainda também pela autoridade policial, durante a lavratura do auto de prisão, verificando se a conduta está subsumida por um tipo penal incriminador, se os depoimentos são uníssomos no sentido de indicar autoria e materialidade, se há uma das hipóteses de flagrância, e se não está evidente, embora à exceção, uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade; terceiro, por essa mesma autoridade, ao encerrar o auto para a expedição da nota de culpa, pouco antes de fazer as comunicações necessárias; quarto, pelo Ministério Público, na atividade de controle externo, nos mesmos momentos percorridos pela autoridade policial; quinto, pelo juiz de Direito, ao ser comunicado imediatamente, após sacramentada a prisão, nos termos do que impõe o inciso LXII do art. 5º da CF.

Ainda assim, não houve resposta se o ato de relaxar a prisão caberia somente ao juiz ou se a autoridade policial, nesse confronto sucessivo de legalidade da prisão, poderia também relaxar a prisão.

Nesse propósito, lembre-se de que, justamente por imposição do inciso LXV do art. 5º da Lei Maior, ter a prisão ilegal relaxada é um direito fundamental do indivíduo, que deve ter aplicação imediata, nos termos do § 1º do mesmo artigo da Constituição. Essa realidade – direito fundamental do cidadão –, já se disse, exige sempre uma interpretação mais favorável, buscando a aplicabilidade imediata e sua eficácia máxima, no desenho desejado pelo Estado Democrático de Direito, por suas autoridades constituídas. Nesse sentido, preciosas as lições de Flávia Piovesan (2004, p. 59 e 60):

Atente-se ainda que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 instituiu o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, parágrafo 1º. Este princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a esses direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Este princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. No entender de Canotilho, o sentido fundamental desta aplicabilidade direta está em reafirmar que “os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via direta da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais”.

Ainda sobre o assunto, assimilem-se as lições de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 327-328):

Verifica-se, portanto, que, a partir do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, é possível sustentar a existência – ao lado de um dever de aplicação imediata – de um dever, por parte dos órgãos estatais (mas com ênfase nos órgãos jurisdicionais, a que incumbe inclusive a revisão dos atos dos demais entes estatais nos casos de violação da Constituição), de atribuição da máxima eficácia e efetividade possível às normas de direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, por terem direta aplicabilidade, as normas de direitos fundamentais terão a seu favor pelo menos uma presunção de serem sempre também de eficácia plena, portanto – de acordo, pelo menos, com a convencional definição de norma de eficácia plena ainda prevalente no Brasil –, de não serem completamente dependentes de prévia regulamentação legal para gerarem, desde logo, seus principais efeitos, o que, à evidência, não afasta eventual exceção, nos casos em que a própria Constituição Federal expressamente assim o estabelece. O dever de outorgar às normas de direitos fundamentais sua máxima eficácia e efetividade convive, por sua vez, com o dever de aplicação imediata de tais normas, razão pela qual se fala – neste ponto com razão –, no que se diz com a aplicação imediata, em uma regra que enuncia tal dever. Em termos pragmáticos, o que importa destacar, neste contexto, é o fato de que um direito fundamental não poderá ter sua proteção e fruição negadas pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivado como norma programática e de eficácia meramente limitada, pelo menos não no sentido de que o reconhecimento de uma posição subjetiva se encontra na completa dependência de uma interposição legislativa. Para que os direitos fundamentais possam ser efetivamente “trunfos contra a maioria” também é preciso que se atente para a correção da já clássica formulação de Herbert Krüger no sentido de que é a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais e não o oposto.

Extrai-se, portanto, que cabe ao Estado garantir o respeito ao direito fundamental em discussão, sendo impensável que as autoridades de polícia judiciária, nos momentos de controle da prisão em flagrante acima enumerados, mas antes da comunicação ao juiz, não possam agir para obstar o cerceamento ilegal de liberdade e, ao contrário, mesmo em atos abarcados por suas atribuições, tenham que representar pelo relaxamento da prisão ao juiz. Estar-se-ia negando a aplicabilidade imediata e a máxima eficácia e efetividade ao dispositivo constitucional, conduta incongruente com a atuação protetiva que deve ter o Estado por seus agentes.

Assim, a autoridade militar (de polícia judiciária militar) e o juiz devem relaxar uma prisão ilegal de que tenham conhecimento, no momento oportuno de sua atuação, devendo-se aqui fazer apenas frisar a

ressalva de que o momento de atuação da autoridade de polícia judiciária militar encontra limite na comunicação da prisão ao juiz competente.

É dizer, por outras palavras, que, até a comunicação ao Poder Judiciário, a prisão em flagrante ilegal não só pode como deve ser relaxada pela autoridade policial, sob pena de contrariar a *ratio* da Constituição Federal, nitidamente fomentadora da garantia das liberdades públicas como regra. Não há, até a comunicação à autoridade judiciária, reserva de jurisdição, mesmo porque a prisão em flagrante, segundo Alexandre José de Barros Saraiva (1999, p. 67), é caso de atuação administrativa iniciada pelo Poder Executivo e, como tal, sujeita a princípios e poderes próprios da Administração Pública, a exemplo do poder hierárquico, que possibilita até mesmo exercício de autotutela (*v.g.* o oficial de dia ratifica a voz de prisão em flagrante dada por um sargento, mas o comandante da unidade, enxergando ilegalidade na prisão, poderá relaxar essa constrição de liberdade).

Até a comunicação ao Poder Judiciário, não há ato judicial, uma vez que “a prisão em flagrante converte-se em ato judicial, a partir do momento que a autoridade judiciária é comunicada da detenção do agente, a fim de analisar sua legalidade, para fins de relaxamento, necessidade de conversão em prisão preventiva, ou acerca do cabimento de liberdade provisória [...]” (LIMA, 2014, p. 860).

Embora pareça ser predominante a visão de que o relaxamento da prisão, em qualquer fase, está abarcado pela reserva de jurisdição⁵, é possível encontrar posições doutrinárias a favor do relaxamento de prisão por autoridade de polícia judiciária, a iniciar por Tourinho Filho (2010, p. 664):

Pelo que se infere do § 1º do art. 304 do CPP, isso será possível. Se, quando da lavratura do auto, não resultar, das respostas dadas pelo condutor, pelas testemunhas e pelo próprio conduzido, fundada suspeita contra este, a autoridade não poderá mandar recolhê-lo à prisão. E, se não pode assim proceder, conclui-se que a Autoridade Policial deve relaxar a prisão, sem, contudo, descumprir o preceito constitucional inserto no art. 5º, LXII.

5 Por todos, *vide* Carvalho (2014, p. 460).

Não é outra a visão de Mirabete (2005, p. 414):

Encerrado o auto de prisão em flagrante e resultando das respostas às inquirições efetuadas pela autoridade “fundada suspeita contra o conduzido”, mandará ela recolhê-lo à prisão, como prevê o artigo 304, *caput*. A *contrario sensu*, se não surgir essa “fundada suspeita” das declarações colhidas no auto, a autoridade deverá relaxar a prisão. São vários os motivos que o podem levar a tal: conclusão de que se trata de flagrante forjado; que só é revelado mero juízo de suspeita; que os elementos indicam a prática de mero ilícito civil; que não existiu realmente situação de flagrância etc.

De forma mais específica ao processo penal militar, Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 255-256) comenta o § 2º do art. 247 nos seguintes termos:

625. Relaxamento do flagrante pela autoridade policial militar: a norma processual penal não está bem redigida, a nosso ver. Não é crível que a autoridade policial comece, formalmente, sem se certificar, antes, pela narrativa oral do condutor, das testemunhas presentes e até mesmo do preso, de que houve, realmente, flagrante em decorrência de um fato típico. Assim, quando se inteira do que houve, ao ser apresentada uma pessoa presa, inicia a lavratura do auto. Afinal, se a prisão foi nitidamente ilegal, deve dar voz de prisão em flagrante ao condutor e lavar contra este o auto. Mas, excepcionalmente, pode ocorrer que, conforme o auto de prisão em flagrante desenvolver-se, com a colheita formal dos depoimentos, observe a autoridade policial que a pessoa presa não é agente do delito. Afastada a autoria, tendo constatado o erro, não recolhe o sujeito, determinando sua soltura. É a excepcional hipótese de se admitir que a autoridade policial *relaxe* a prisão. Ao proceder desse modo, pode deixar de dar voz de prisão ao condutor, porque este também pode ter-se equivocado, sem a intenção de realizar prisão ilegal. Instaura-se, apenas, inquérito para apurar, com maiores minúcias, todas as circunstâncias da prisão. Note-se que isso se dá no tocante à avaliação da autoria, mas não quando a autoridade percebe ter havido alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, pois cabe ao juiz proceder a essa análise. Maurício Henrique Guimarães Pereira explica que “o Delegado de Polícia pode e deve relaxar a prisão em flagrante, com fulcro no art. 304, § 1º [art. 246, CPPM], interpretado a *contrario sensu*, correspondente ao primeiro contraste de legalidade obrigatório” quando não estiverem presentes algumas condições somente passíveis de verificação ao final da formalização do auto, como, por exemplo, o convencimento, pela prova testemunhal

colhida, de que o preso não é o autor do delito; ou, ainda, quando chega à conclusão de que o fato é atípico (Habeas corpus e *polícia judiciária*, p. 233-234). No mesmo prisma, Roberto Delmanto Júnior, citando Câmara Leal, menciona que “se as provas forem falhas, não justificando fundada suspeita de culpabilidade, a autoridade, depois da lavratura do auto de prisão em flagrante, fará pôr o preso em liberdade” (*As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 121).

Nitidamente, embora critique a redação da norma processual penal militar, o autor admite o relaxamento de prisão por autoridade policial, sem questionar sua constitucionalidade.

Em arremate, com exemplo que em muito se aproxima da realidade diária, dispõe Fernando Capez (2011, p. 321-322):

A autoridade policial, sendo autoridade administrativa, possui discricionariedade para decidir acerca da lavratura ou não do auto de prisão em flagrante, sempre considerando que, nessa fase, vigora o princípio *in dubio pro societate*, e que qualquer juízo exculpatório se reveste de arrematada excepcionalidade, o delegado de polícia pode recusar-se a ratificar a voz de prisão emitida anteriormente pelo condutor, deixando de proceder a formalização do flagrante e, com isso, liberando imediatamente o apresentado. Não se trata aqui, a nosso ver, de relaxamento de prisão, uma vez que ela não chegou sequer a ser efetivada, tampouco formalizada. Melhor definir tal hipótese como recusa em iniciar a prisão, ante a ausência de requisitos indiciários mínimos da existência de tipicidade ou de antijuridicidade. Evidentemente, a autoridade não precisa prender em flagrante vítima de estupro ou roubo que, claramente em situação de legítima defesa, matou seu agressor. O juízo sumário de cunho administrativo pode ser efetuado, ainda que isso só possa ocorrer em situações absolutamente óbvias e claras de ausência de infração penal. Nunca é demais lembrar que a persecução penal nem sequer se iniciou, de modo a se evitar qualquer açodamento na exclusão da responsabilidade penal. A atuação do delegado de polícia nesse sentido é excepcional, apenas para evitar a prisão manifestamente desnecessária. Do mesmo modo, se, durante a lavratura do auto, surgirem elementos que desautorizem a prisão, a autoridade policial pode impedir sua consumação, deixando de completar o procedimento para a prisão em flagrante. Em nenhuma dessas hipóteses pensamos haver relaxamento, pois o recolhimento ao cárcere nem chegou a se completar. O apresentado encontrava-se apenas detido, à espera de formalização de sua prisão. Como ele não chegou a ser preso

em flagrante, não há prisão a ser relaxada. Haverá no caso mero juízo de valor negativo, o qual impede o ato de se aperfeiçoar. Situação distinta é a do auto de prisão em flagrante que chegou a ser consumado, inclusive com a assinatura de todas as partes, mas, antes da comunicação imediata ao juiz, a autoridade policial toma conhecimento de um fato que tornaria a prisão abusiva. Nessa hipótese, poderá proceder ao relaxamento. Somente aí se pode falar em relaxar a prisão em flagrante, pois só nesse caso ela chegou a ser efetivada. É o caso de um crime de ação penal pública condicionada a representação, em que o ofendido se retrata após a lavratura do auto. A prisão tornou-se ilegal e, desde logo, pode ser relaxada pela própria autoridade policial, na medida em que sua comunicação ao juiz retardaria ainda mais a soltura de alguém que não mais deve permanecer preso.

Fundamental destacar que todos os autores versaram seus pensamentos em obras após a CF de 1988, levando à conclusão de que a visão de relaxamento de prisão por autoridade policial sobrevive aos ditames do inciso LXV do art. 5º da “Lei Maior”, com a ressalva, no que concerne ao Código de Processo Penal comum (art. 306, § 1º), de que quando “o § 1º menciona ‘prosseguirá nos atos do inquérito ou do processo’, em relação a este último deve-se dar a norma como não recepcionada, pois dizia respeito ao antigo procedimento ‘judicialiforme’, no qual a ação penal poderia ser desencadeada pela autoridade policial” (CHOUKR, 2014, p. 620).

Sedimenta-se, portanto – e com chancela da doutrina, embora por diferentes matizes –, que a autoridade policial pode e deve relaxar a prisão em flagrante ilegal, não havendo reserva de jurisdição para esse ato até a comunicação da prisão à autoridade judiciária. Não há que se falar em não recepção do § 2º do art. 247 do CPPM pela CF, alijando a autoridade de polícia judiciária militar dessa incumbência.

7 Atribuição legal do Ministério Público Militar diante da prisão em flagrante ilegal

É sabido que o *Parquet* não é “assessor” da polícia judiciária militar, mas sim o órgão com atribuição constitucional e legal para seu controle externo. Pelo disposto no inciso VII do art. 129 da CF, é função insti-

tucional do Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar.

Em adição, no plano infraconstitucional, o art. 3º da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, atribui a tarefa do controle externo da atividade policial ao Ministério Público da União, do qual o Ministério Público Militar (MPM) é um ramo, com enfoque principal – ao menos no que interessa à questão discutida – para a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder. De modo mais específico, o art. 117 da mesma lei complementar, em seu inciso II, versa que cabe ao MPM o controle externo da polícia judiciária militar.

Doutrinariamente, some-se, essa atividade é plenamente reconhecida. Por todos, *vide* o que postula Célio Lobão (2010, p. 86), com sua visão de magistrado da Justiça Militar da União:

Cabe ao Ministério Público manifestar-se em qualquer fase do processo, acolhendo solicitação do Juiz, ou por sua iniciativa, quando entender existir interesse público que justifique a intervenção, e promover a declaração de indignidade ou de incompatibilidade para o oficialato. Incumbe-lhe, ainda, requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial militar, podendo acompanhá-lo e apresentar provas, bem como exercer o controle externo da atividade de polícia judiciária militar (arts. 116, II e III, e 117, I e II, da LC 75/1993).

Dessa maneira, a atuação do Ministério Público das Armas diante da polícia judiciária militar não se consubstancia em “assessoramento”, e sim em um controle muito bem-vindo no Estado Democrático de Direito, como um reflexo do sistema de freios e contrapesos.

Diante dessa constatação, ao tomar conhecimento de uma prisão ilegal, o Ministério Público deverá atuar para fazer cessá-la, isso em conformidade com o momento em que dela tome ciência.

Notadamente, poderá o *Parquet* conhecer a prisão ilegal durante o seu curso ou após o seu encerramento, pela necessária comunicação feita pela autoridade de polícia judiciária militar ou por ato do juiz que, ao receber o caderno que registra a prisão, o auto de prisão em flagrante, dele abre vistas ao promotor de Justiça.

Tomando conhecimento da prisão ilegal apenas após sua completa execução, pressupondo-se, óbvio, que já tenha havido a imediata comunicação ao Poder Judiciário, cumprirá ao membro do MPM requerer ao juiz – se não o tiver feito de ofício, por uma aplicação por analogia do art. 310 do CPP – o relaxamento da ilegal constrição, em respeito à reserva de jurisdição, e, caso não seja atendido em seu pleito, deverá impetrar *habeas corpus* em favor do flagranteado.

De outro modo, caso tome conhecimento da prisão ilegal durante seu curso, antes da comunicação ao juiz, deverá controlar a atuação da polícia judiciária por medidas várias, a exemplo da orientação para que a autoridade relaxe a prisão em flagrante, da adoção de medidas para a responsabilização dessa autoridade em eventual prática abusiva, da impetração de *habeas corpus* etc.

Discutível, na última hipótese, a possibilidade de o membro do MPM determinar o relaxamento à autoridade policial, entendendo-se muito mais adequado ao sistema de controle que sejam adotadas as medidas para o relaxamento pela via judicial e para a responsabilização da autoridade *a posteriori*. Também não se mostra acertado defender que o promotor de Justiça Militar em atuação possa “tomar para si” o preso e relaxar a prisão, porquanto lhe falta atribuição legal para isso, nos exatos termos do § 2º do art. 247 do CPPM, aliado ao fato de que tal comportamento traria uma insólita situação em que o membro do *Parquet* pretenderia se sobrepor a toda a força estrutural à disposição da autoridade de polícia judiciária militar, obviamente sem sucesso.

8 Conclusão

Lugar comum na doutrina e jurisprudência é o fato de o processo penal (comum ou militar) carecer sempre de uma reflexão crítica que o alinhe aos postulados do Estado Democrático de Direito.

Nessa tarefa, não se pode concordar com posturas e conceitos engessados, posturas intransigentes, que levam à produção de verdades jurídicas que ficam ecoando no pensamento dos operadores do Direito, como um mantra a guiar a atuação.

Aceitar, de forma passiva, a simples colocação do relaxamento de prisão ilegal como reserva de jurisdição, impedindo que a autoridade policial responsável pela constrição possa rever o ato de sua lavra ou de autoridade subordinada, antes da comunicação da prisão ao Poder Judiciário, parece encaixar-se nessa categoria de verdades que todos assimilam sem a análise detida que a situação merece.

Demonstrou-se neste estudo que a reserva de jurisdição é própria para atos lesivos aos direitos fundamentais, mas não pode ganhar o mesmo estrito contorno quando se trata de um ato garantidor de liberdades públicas, uma vez que não há espaço para esse tipo de interpretação de acordo com os vetores lançados pela Constituição Federal, os quais apontam para uma lógica de maior efetividade dos direitos individuais.

Não há, nesse contexto, lesão à ordem constitucional na aplicação integral do § 2º do art. 247 do Código de Processo Penal Militar, que expressamente possibilita que a autoridade de polícia judiciária militar relaxe uma prisão em flagrante em que, em seu curso ou após concluída, mas antes da comunicação ao Poder Judiciário, detecte patente ilegalidade.

Não aceitar essa possibilidade, entendendo que somente o juiz é quem poderá relaxar uma prisão ilegal em qualquer momento, significa mais um exemplo de “coisificação” do indivíduo, dispondo-se do corpo do cidadão, que estará com sua liberdade cerceada, para a demonstração tão somente de tese jurídica que não se coaduna com a atual ordem constitucional.

Referências

ASSIS, Jorge César de. *Código de Processo Penal Militar anotado*. Curitiba: Juruá, 2012.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2014.
- LOBÃO, Célio. *Direito processual penal militar*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2005.
- NEVES, Cícero Robson Coimbra. Atuação da autoridade de polícia judiciária militar com base no conceito analítico de crime. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, v. 12, n. 71, p. 25-28, maio/jun. 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Militar comentado*. São Paulo: RT, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2004.
- ROTH, Ronaldo João. Questões processuais do crime de deserção. In: ASSIS, Jorge César de (Org.). *Deserção – um estudo minucioso sobre o crime militar por excelência*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 155-264.
- SANTANA, Juliana Silva Barros de Melo. Restrições de direitos fundamentais por reserva de jurisdição decorrente de sua colisão. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4155, 16 nov. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29908>>. Acesso em: 20 set. 2015.

SARAIVA, Alexandre José de Barros. *Inquérito policial e auto de prisão em flagrante nos crimes militares*. São Paulo: Atlas, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2013.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. São Paulo: Forense, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Jorge Augusto Caetano de Farias

Inspeção prisional pelo Ministério
Público Militar: atuação extrajudicial em
busca de efetividade e de resolutividade

Sumário

1 Introdução

2 A fiscalização prisional pelo Ministério Público

3 Peculiaridades da fiscalização pelo Ministério Público Militar

3.1 Atribuição do Ministério Público Militar

3.2 Sistema prisional militar: destinação e organização

3.3 Capacidade e ocupação do sistema prisional militar federal

3.4 Perfil dos presos e realidade do sistema prisional militar federal

3.5 Referencial normativo para a inspeção prisional militar

3.6 Suma conclusiva

4 Atuação extrajudicial como solução para o Ministério Público Militar

4.1 Evolução da atuação do Ministério Público brasileiro na tutela dos direitos fundamentais

4.2 A recomendação e o termo de ajustamento de conduta

4.3 As possibilidades de atuação extrajudicial do Ministério Público Militar

5 Considerações finais

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988, a partir da nobre missão conferida ao Ministério Público (MP) brasileiro, por meio do seu art. 127, atribuiu aos órgãos ministeriais a tarefa constante do art. 129, incisos II, VII e IX.

A esse respeito, integra-se a dicção do art. 68, parágrafo único, da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984), que impõe ao Ministério Público o poder-dever de inspecionar os estabelecimentos penais por meio de visitas.

De modo a estabelecer parâmetros e uniformizar procedimentos nessa seara, sobreveio a Resolução n. 56/2010, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), normativa que alcança todos os ramos do MP brasileiro, entre os quais o Ministério Público Militar, que se ocupa da fiscalização das instalações prisionais em áreas sob administração militar federal.

Em tais ambientes, realiza-se o encarceramento dos integrantes das Forças Armadas brasileiras, em observância ao que dispõe a Lei n. 6.880/1980, art. 73, parágrafo único, alínea *c*, que confere tal prerrogativa.

Ocorre que, consoante se extrai das inspeções havidas nesse contexto, nota-se que a grande maioria dos militares custodiados em organizações da respectiva força encontram-se privados de liberdade a título de sanção disciplinar (art. 5º, LXI, CF) ou à disposição da Justiça comum (prisão provisória ou definitiva), sendo apenas uma minoria por decisão da Justiça Militar da União, perante a qual ordinariamente oficia o Ministério Público Militar.

Desse modo, sobretudo quando do advento de alguma necessidade que demande a adoção de providência pelo representante ministerial, seja na seara extrajudicial, seja na esfera judicial, revelam-se desafios de ordens prática e jurídica. Eis o objetivo do presente estudo, qual seja, analisar essa realidade especial, com o fim de refletir sobre os limites e as possibilidades da atuação daquele ramo do Ministério Público da União, a partir da legislação, da doutrina e da jurisprudência aplicáveis, bem como diante dos dados estatísticos coletados pelo CNMP por força

da aludida Resolução n. 56/2010, com especial consideração sobre a extrajudicialização da atuação do MP brasileiro.

2 A fiscalização prisional pelo Ministério Público

A Constituição Federal de 1988 – CF/1988 – dotou o Ministério Público brasileiro de um perfil de atribuições com uma magnitude sem precedentes na história constitucional da República.

A par de conceituá-lo como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, a CF/1988 acometeu ao Ministério Público, precipuamente, a relevantíssima missão de defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos direitos sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*).

Ao discorrer sobre a destinação institucional do Ministério Público, leciona Mazzilli (2014, p. 117):

Assim colocado na Constituição da República, com as garantias que conquistou para defender os interesses sociais, o Ministério Público passou a poder e a dever ser um órgão de proteção das liberdades públicas constitucionais, da defesa de direitos indisponíveis, da garantia do próprio contraditório penal.

Nesse contexto, a CF/1988 (art. 129, inciso II) atribuiu ao Ministério Público a tarefa de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia”.

A esse respeito, convém colacionar a também brilhante lição de Ávila (2016, p. 429), ao qualificar o Ministério Público brasileiro como instituição garantia:

A ideia de garantia institucional está ligada à existência de uma série de institutos jurídicos destinados a garantir a proteção dos direitos fundamentais e do sistema constitucional. [...] Nessa mesma linha, a doutrina nacional tem caminhado para reconhecer o Ministério Público brasileiro como uma instituição garantia, ou seja, uma instituição cuja existência está diretamente ligada à

proteção do sistema de direitos fundamentais (a instituição em si é uma garantia).

E exatamente com fulcro nesse plexo de missões institucionais, somado à previsão, no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, XLIX), do respeito à integridade física e moral dos presos, encontra-se o imperativo inscrito no art. 68, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais, que preceitua a visitação mensal do Ministério Público aos estabelecimentos penais.

Portanto, de modo a promover a atuação integrada da instituição na área da execução penal, sobreveio a Resolução CNMP n. 56/2010, que dispõe sobre “a uniformização das inspeções em estabelecimentos penais pelos membros do Ministério Público”.

Referido ato normativo estabeleceu a necessidade do preenchimento e envio de relatórios ao CNMP por meio de formulários eletrônicos, os quais, embora se refiram a visitas mensais, devem ser encaminhados, pelo sistema informático respectivo, a cada três meses (março, junho, setembro e dezembro), mediante prévia homologação pelas corregedorias locais.

Tais formulários, ainda segundo a resolução, devem conter (art. 2º, § 2º):

- I - classificação, instalações físicas, recursos humanos, capacidade e ocupação do estabelecimento penal;
- II - perfil da população carcerária, assistência, trabalho, disciplina e observância dos direitos dos presos ou internados;
- III - medidas adotadas para a promoção do funcionamento adequado do estabelecimento;
- IV - considerações gerais e outros dados reputados relevantes.

Nesses termos, tem-se que, além de observar e registrar todos os aspectos acima enumerados, o membro do Ministério Público deve reportar ao CNMP as providências adotadas em razão das respectivas inspeções e suas considerações sobre a conjuntura apreciada por ocasião dessas visitas técnicas, ou seja, as inspeções realizadas pelo Ministério Público no sistema prisional não são meramente contemplativas, pois não é isso que se pode esperar da atividade ministerial, mas devem gerar

a adoção de providências, seja em âmbito extrajudicial, seja na esfera judicial, consoante se discorrerá oportunamente.

Note-se que, em matéria de inspeção prisional, o CNMP não descuidou das especificidades da atuação de cada ramo do Ministério Público brasileiro com atuação na área penal, de modo que, além dos estabelecimentos carcerários sob administração estadual (imensa maioria do sistema), há previsão de formulários próprios para as penitenciárias federais (inspecionadas pelo Ministério Público Federal) e para as instalações carcerárias sob administração militar federal (fiscalizadas pelo Ministério Público Militar).

Portanto, em face das sabidas deficiências e também ante as reconhecidas virtudes de cada sistema, assim como deve ser peculiar a atividade de inspeção do estabelecimento pelo respectivo ramo do Ministério Público, distintas são as possíveis providências emergentes da atividade fiscalizatória.

E isso seja em razão da especial realidade do respectivo órgão de administração das instalações prisionais, seja em decorrência das normas de competência do órgão jurisdicional perante o qual oficial o representante ministerial com atribuição para a matéria, seja em face das múltiplas possibilidades de atuação extrajudicial à disposição de todo o Ministério Público brasileiro, sobretudo diante dos mais recentes pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, conforme se passa a analisar.

3 Peculiaridades da fiscalização pelo Ministério Público Militar

3.1 Atribuição do Ministério Público Militar

Consoante dispõe o art. 142 da CF/1988, as Forças Armadas são instituições nacionais permanentes e regulares, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, e organizadas com base na hierarquia e na disciplina.

Tais valores, hierarquia e disciplina, são as vigas mestras do ordenamento jurídico militar, a permear institutos de direito administrativo, penal

e processual penal, e constituem, segundo o Código de Processo Penal Militar, um dos principais objetos de tutela pelo Ministério Público Militar:

Art. 55. Cabe ao Ministério Público fiscalizar o cumprimento da lei penal militar, tendo em atenção especial o resguardo das normas de hierarquia e disciplina, como bases da organização das Forças Armadas.

Como visto, o Ministério Público Militar, enquanto “jurisdicionado” do Conselho Nacional do Ministério Público, no cumprimento da atribuição definida pela Resolução CNMP n. 56/2010, ocupa-se da fiscalização das instalações prisionais em áreas sob administração militar federal, ambientes nos quais se realiza o encarceramento dos integrantes das Forças Armadas brasileiras, em observância ao que dispõe a Lei n. 6.880/1980 (Estatuto dos Militares – recepcionado pela CF/1988 como regulamentar do atual art. 142, § 3º, inciso X), que confere tal prerrogativa.

3.2 Sistema prisional militar: destinação e organização

Note-se que, por força do aludido diploma, as instalações prisionais das organizações militares realizam a privação de liberdade tanto em razão de determinação judicial quanto por força de cumprimento de sanção disciplinar. Eis o que se observa dos seguintes dispositivos da Lei n. 6.830/1980:

Art. 47. Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

§ 1º As penas disciplinares de impedimento, detenção ou prisão não podem ultrapassar 30 (trinta) dias.

[...]

Art. 73. As prerrogativas dos militares são constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus hierárquicos e cargos.

Parágrafo único. São prerrogativas dos militares:

[...]

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

Ademais, sempre à luz dos aludidos princípios da hierarquia e da disciplina, importante salientar as disposições do CPM sobre as condições de cumprimento da pena de prisão:

Art. 59. A pena de reclusão ou de detenção até 2 (dois) anos, aplicada a militar, é convertida em pena de prisão e cumprida, quando não cabível a suspensão condicional:

I - pelo oficial, em recinto de estabelecimento militar;

II - pela praça, em estabelecimento penal militar, onde ficará separada de presos que estejam cumprindo pena disciplinar ou pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos.

Parágrafo único. Para efeito de separação, no cumprimento da pena de prisão, atender-se-á, também, à condição das praças especiais e à das graduadas, ou não; e, dentre as graduadas, à das que tenham graduação especial.

[...]

Art. 61. A pena privativa da liberdade por mais de 2 (dois) anos, aplicada a militar, é cumprida em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar.

A esse respeito, convém trazer a lição de Vieira (2009, p. 454 apud ASSIS, 2016), com interessante quadro elucidativo dos diferentes institutos previstos no art. 59 do CPM (estabelecimento militar, estabelecimento penal militar e penitenciária militar):

Estabelecimento militar	Estabelecimento penal militar	Penitenciária militar
<p>Organização militar que não está habilitada administrativamente e tecnicamente para o encarceramento de presos (ausência de xadrez). Porém, mesmo não estando habilitada, não impedirá o recolhimento de presos, todavia não poderá ser em xadrez.</p>	<p>Organização militar habilitada administrativamente e tecnicamente para o encarceramento de presos: xadrez e guarnição da Polícia Militar (sic) da respectiva Força Armada (em regra).</p>	<p>É o presídio propriamente dito, onde, por analogia, pode-se utilizar a definição contida no art. 87 da LEP: a penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.</p>
<p>A prisão é executada em recinto (dependência) da organização militar. Exemplos: quarto de hotel de trânsito e alojamento.</p>	<p>O inciso II do art. 59 do CP Militar menciona que neste local são cumpridas penas disciplinares: xadrez.</p>	<p>No Brasil só existe um presídio militar: o da Marinha (Ilha das Cobras – Rio de Janeiro).</p>
<p>Somente para oficiais: art. 59, inciso I, do CP Militar.</p>	<p>Somente para praças: art. 59, inciso II, do CP Militar.</p>	<p>Oficiais e praças (art. 61 do CP Militar).</p>
<p>Pena condenatória (sic) igual ou inferior a 2 (dois) anos.</p>	<p>Pena condenatória (sic) igual ou inferior a 2 (dois) anos. Ou superior a 2 (dois) anos conforme permissibilidade contida no final do inciso II do art. 59 do CP Militar.</p>	<p>Pena condenatória (sic) superior a 2 (dois) anos.</p>

A propósito, bastante didáticas duas atividades realizadas neste Curso de Ingresso e Vitaliciamento de Promotores de Justiça Militar (CIV/MPM). A primeira, por ocasião do 2º Período (mais precisamente no dia 20 de março de 2014), quando visitadas as instalações do Pelotão de Investigações Criminais do Batalhão de Polícia do Exército de Brasília e respectiva carceragem (cuja estrutura talvez seja a mais próxima da de um presídio no Exército Brasileiro)¹. A segunda oportunidade, por sua vez, ocorreu no 4º Período (em 12 de novembro de 2014), quando visitado o Presídio da Marinha, no Rio de Janeiro/RJ².

3.3 Capacidade e ocupação do sistema prisional militar federal

Segundo se observa dos dados compilados pelo CNMP por ocasião da inspeção prisional anual, realizada pelo Ministério Público Militar em março de 2015³, encontravam-se presos sob administração militar federal 593 militares, havendo um total de 1.289 vagas oferecidas no sistema, ou seja, a taxa de ocupação registrada na ocasião remontava a 46%, de modo que, contrariamente ao que se verifica no sistema penitenciário nacional comum, em que se observam patamares de superlotação que superam o dobro da capacidade disponível, no sistema prisional militar federal há uma capacidade ociosa de cerca de metade das vagas já instaladas.

-
- 1 Atividade desenvolvida sob o título “A polícia judiciária preventiva e penitenciária no Exército Brasileiro” (BRASIL, 2015, p. 36).
 - 2 Note-se que restou assim redigida a descrição da visita no Relatório Técnico do CIV/MPM: “A execução penal e o Presídio da Marinha foi o tema da apresentação do diretor do Presídio da Marinha, Cláudio Roberto Mariath. A atividade antecedeu a visita que o pessoal do CIV fez ao presídio no mesmo dia. Os novos promotores do MPM conheceram as instalações do único presídio das Forças Armadas brasileiras, conversaram com servidores e custodiados, tudo com o acompanhamento do diretor Mariath. A procuradora de Justiça Militar Maria de Lourdes Gouveia Sanson, da 5ª PJM Rio de Janeiro, responsável pelas inspeções carcerárias na 1ª CJM, também integrou a comitiva, apresentando características da unidade prisional e dos militares ali presos. Na conversa que teve com os promotores, o diretor comentou sobre as contribuições das inspeções carcerárias realizadas pela PJM Rio para o presídio. Para ele, a atuação do MPM foi fundamental para a melhoria nas condições das instalações físicas, da assistência material e das condições de saúde dos custodiados” (Idem, p. 53).
 - 3 Dados disponíveis mediante solicitação à Comissão de Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública do CNMP, por meio do endereço eletrônico csp@cnmp.mp.br.

3.4 Perfil dos presos e realidade do sistema prisional militar federal

Consoante se observa nas mais diversas regiões do Brasil⁴, a esmagadora maioria dos presos mantidos em instalações prisionais militares federais refere-se àqueles à disposição da Justiça comum em prisão provisória.

E isso porque, em caso de condenação pela Justiça Militar da União a pena igual ou inferior a dois anos, aplica-se, em regra, a suspensão condicional da pena (art. 88 do CPM). Já em caso de pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos imposta pela Justiça comum, opera-se, também em regra, a aplicação de pena alternativa (art. 44 do CP).

Além disso, tratando-se de sentença condenatória superior a dois anos pela Justiça Militar da União, possível a exclusão das praças das Forças Armadas por força da própria sentença condenatória, e a perda de posto e patente dos oficiais mediante representação do procurador-geral da Justiça Militar perante o Superior Tribunal Militar – art. 118 do Estatuto dos Militares.

Assim, tanto em relação aos presos disciplinares (cuja penalidade, como visto, é limitada a trinta dias) quanto em face dos presos à disposição da Justiça (em regra, presos provisórios e por força de decisão da Justiça comum), o que se observa, quanto à sua permanência em estabelecimento prisional sob administração militar federal, é a manifesta efemeridade. E isso seja em razão do exíguo prazo de prisão em tais casos (ao menos como regra), seja em virtude da iminência de sua exclusão do serviço ativo (possível tanto na via administrativa, quanto a partir da sentença penal condenatória), pois, perdida a condição de militar, cessa a prerrogativa de prisão em organização militar.

Ademais, referida tônica de efemeridade influencia, indubitavelmente, na falta de formulação de uma política penitenciária no âmbito das Forças Armadas. Objeto de sucessivos e cada vez mais severos contingenciamentos de recursos orçamentários, veem-se compelidas a priorizar suas atividades finalísticas em detrimento de outras atribui-

4 Aspectos observados pelo autor em sua atuação profissional durante o período de vitaliciamento e nas aludidas visitas ao Batalhão de Polícia do Exército de Brasília e ao Presídio da Marinha, e também a partir dos dados coletados pelo CNMP.

ções, a exemplo da manutenção de instalações prisionais. Até mesmo porque destinadas à administração de uma situação pouco desejada pelos comandos de organizações militares (custodiar acusados de infração à lei, seja do ponto de vista da disciplina militar, seja sob a ótica do incremento do risco de responsabilização da autoridade em caso de sinistro envolvendo preso sob os cuidados da administração militar).

Ocorre que, conquanto à míngua de uma política penitenciária propriamente dita, não há dúvidas de que as condições de encarceramento das organizações militares das Forças Armadas são muito mais favoráveis que as encontradas no sistema penitenciário comum, tais como:

- i) acondicionamento em celas individuais ou compartilhadas entre dois ou três presos e com banheiros (lavatório, sanitário e chuveiro);
- ii) fornecimento da mesma quantidade e qualidade das refeições ministradas ao restante da tropa;
- iii) manutenção de condições satisfatórias de higiene e limpeza.

Entretanto, considerando a existência de apenas uma penitenciária militar (a da Marinha, no Rio de Janeiro/RJ), a regra tem sido o encarceramento em instalações destinadas precipuamente ao cumprimento da pena disciplinar de prisão, quais sejam, as celas (xadrez ou bailéu) mantidas no interior das organizações militares.

3.5 Referencial normativo para a inspeção prisional militar

Outra peculiaridade da inspeção prisional por parte do Ministério Público Militar refere-se à dificuldade para se delinear o referencial normativo a nortear a atividade fiscalizatória, seja sob a perspectiva das condições materiais das instalações carcerárias (arquitetura prisional), seja no que se refere a direitos (e mesmo deveres) dos presos militares.

E isso porque, consoante estabelece a própria Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/1984) em seu art. 2º, parágrafo único, este diploma aplicar-se-ia somente aos presos da Justiça Militar recolhidos a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

Ocorre que não há uma “Lei de Execução Penal Militar”, e o Código de Processo Penal Militar revela-se lacônico ao tratar da matéria, extraíndo-se, no que interessa para o presente estudo, apenas os seguintes

dispositivos (referentes à prisão, pois o Livro IV – “Da Execução” – refere-se somente ao rito executivo sob a perspectiva processual):

Separação de prisão

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

Local da prisão

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

Respeito à integridade do preso e assistência

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

Parágrafo único. Se o detento necessitar de assistência para tratamento de saúde, ser-lhe-á prestada por médico militar.

Prisão de praças

Art. 242 [...]

Parágrafo único. A prisão de praças especiais e a de graduados atenderá aos respectivos graus de hierarquia.

Desse modo, ante a manifesta insuficiência da legislação castrense existente para regular a matéria, resta ao Ministério Público Militar exigir a observância, no que aplicável à realidade do encarceramento em organização militar, da Lei de Execuções Penais, ao menos a título de analogia (art. 3º, alínea *e*, do CPPM). Essa uma das conclusões do curso de aperfeiçoamento “Atuação do Ministério Público na inspeção de unidades prisionais militares”, realizado pela Escola Superior do Ministério Público da União entre 23 e 25 de fevereiro de 2016, na Procuradoria-Geral de Justiça Militar (Brasília/DF)⁵.

5 No referido evento deliberou-se, ainda, pela expedição de manifestação à Câmara de

No mesmo sentido, a autorizada doutrina de Assis (2011, p. 175-177):

Não resta dúvida que os dispositivos referentes à execução da sentença constantes do Código de Processo Penal Militar podem ser complementados pela Lei de Execução Penal.

[...]

Dispõe ainda o parágrafo único do art. 68 da LEP que o órgão do MP visitará mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.

[...]

Agindo dentro deste entendimento, é que o Ministério Público Militar representou junto ao Ministro Presidente do Superior Tribunal Militar, solicitando providências no tocante à emissão de certidão de antecedentes criminais pela Justiça Militar, em contrariedade ao disposto no art. 202 da LEP [...].

Sendo acolhida, a representação ministerial teve como consequência a expedição do Provimento 001/2007, do Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar, no qual, considerando o que dispõe o art. 202 da LEP (esta é mais uma prova da aplicabilidade da referida norma na justiça castrense), resolveu determinar que [...].

Nesse contexto, além das condições estruturais e de organização da unidade militar para o cumprimento dos direitos e a exigência dos deveres do preso militar, o Ministério Público Militar deve observar, por exemplo: i) a separação entre presos disciplinares e à disposição da Justiça; ii) a separação entre presos provisórios e definitivos; iii) a separação conforme círculos hierárquicos; iv) o encarceramento em ambiente correspondente à prerrogativa do respectivo posto ou graduação; v) respeito ao prazo de encarceramento (publicado em boletim no caso de infração disciplinar).

Ademais, igualmente importantes para a delimitação de um referencial, até mesmo porque emergentes de toda a normativa aplicável

Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar, solicitando àquele órgão a uniformização de entendimento institucional acerca dos diversos aspectos a serem objeto de inspeção prisional pelo *Parquet* castrense, seja em relação às condições estruturais, seja quanto à rotina de tratamento dos presos (direitos e deveres exigíveis), de modo a evitar divergências entre as orientações transmitidas por cada representante ministerial, sobretudo no que tange às providências que demandem o dispêndio de recursos públicos, sabidamente escassos nas Forças Armadas.

à inspeção prisional militar federal, são os respectivos formulários do CNMP.

Além de preverem os aspectos e separações ora mencionados, abordam outras peculiaridades, como o cumprimento de prisão civil (prevista no art. 5º, LXVII, da CF/1988), além de outras espécies de privação de liberdade previstas exclusivamente na lei militar, como a menagem⁶ e o impedimento⁷.

Alcançam, ainda, questões disciplinares, tais como a apreensão de materiais proibidos (armamentos, entorpecentes e telefones celulares, por exemplo), e preveem entrevista com o preso (forma de *feedback* acerca do efetivo cumprimento das rotinas e de conscientização do custodiado acerca de seus direitos e deveres)⁸.

3.6 Suma conclusiva

Em suma, o complexo sistema prisional sob administração militar federal, objeto de fiscalização pelo Ministério Público Militar, apresenta as seguintes peculiaridades principais:

- i) quantidade de presos sensivelmente inferior à capacidade carcerária instalada;
- ii) existência de presos disciplinares e à disposição da Justiça;
- iii) prevalência quantitativa de presos à disposição da Justiça comum;
- iv) maioria dos presos custodiados a título de prisão cautelar;

6 Prevista no art. 261 do CPPM, consiste em espécie de medida cautelar, aplicável em casos de crimes cuja pena máxima não exceda quatro anos, consistente na permanência do acautelado em organização militar, em sua residência ou na cidade sede do juízo competente para o respectivo processo e julgamento. A esse respeito, Coimbra Neves destaca a dupla natureza da menagem: a de prisão preventiva (no quartel) ou de liberdade provisória (em residência ou em município), tratando-se de homenagem (daí a origem do termo) para quando cumpridos os requisitos legais (COIMBRA NEVES, 2014, p. 606-607).

7 Aplicável ao crime de insubmissão, previsto no art. 183 do CPM (“Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação: Pena – impedimento, de três meses a um ano”), consiste em “restringir a liberdade do insubmisso ao obrigá-lo a permanecer na unidade, sem prejuízo da instrução militar [...] da qual tentou se furtar” (MARREIROS, 2015, p. 866-867).

8 Cf. Formulário do CNMP (modelo de inspeção trimestral). Disponível em: <www.cnmp.mp.br/portal/images/Formulário_Visita_Trimestral_Prisão_Militar.pdf>. Acesso em: mar. 2016.

v) instalações majoritariamente destinadas ao cumprimento de sanções disciplinares por curto prazo, mas utilizadas para o encarceramento de militares à disposição da Justiça, às vezes por longos períodos (sobretudo quando recolhidos por ordem da Justiça comum);

vi) iminência da perda da qualidade de militar, sobretudo por força de decisão administrativa (a exemplo das praças não estáveis excluídas a bem da disciplina), tornando incerto o prazo de permanência do preso sob administração militar federal;

vii) reduzido referencial normativo, seja para definir os direitos e deveres dos presos militares, seja para a fixação de condições materiais e estruturais, diante da lacônica previsão do CPPM e da aparente aplicabilidade da LEP apenas a título de analogia e não por disposição expressa de tal diploma.

Nesse contexto, e considerando que a grande maioria das eventuais irregularidades que possam ser encontradas pelo Ministério Público Militar em sua atividade fiscalizatória não sejam passíveis de solução pela via judicial em sede da Justiça Militar da União, cuja competência, por força da Constituição Federal (art. 124), restringe-se ao processo e julgamento dos crimes militares definidos em lei, exsurtem novos desafios para a atuação do *Parquet* castrense na busca por soluções para os problemas do sistema prisional sob administração militar federal.

Portanto, sobretudo na esfera extrajudicial, revela-se um vasto e fértil campo para o desempenho das atribuições conferidas constitucional e legalmente ao Ministério Público Militar, conforme se analisa a seguir.

4 Atuação extrajudicial como solução para o Ministério Público Militar

4.1 Evolução da atuação do Ministério Público brasileiro na tutela dos direitos fundamentais

Como visto, a Constituição Federal de 1988, conquanto tenha mantido a tradicional atuação do Ministério Público na seara criminal⁹,

9 A esse respeito, Diaulas Ribeiro leciona que a verdadeira evolução da atuação ministerial com a CF/1988 operou-se fora da tradicional seara criminal (“função que lhe é própria”), ou seja, na defesa dos interesses supraindividuais, o que considera “funções ministeriais impróprias” (RIBEIRO, 2003, p. 92-93).

conferiu-lhe também uma plêiade de atribuições no que concerne à tutela de direitos fundamentais, sobretudo a partir de uma interpretação conjunta dos arts. 127, *caput*, e 129, incisos II e IX.

A esse respeito, sobretudo diante da excessiva judicialização de demandas no País, tem ganhado especial relevo a composição consensual de interesses ainda na esfera extrajudicial. E sua utilização crescente pelo Ministério Público brasileiro tem representado importante evolução da atuação ministerial, passando de uma postura meramente demandista para uma vocação resolutiva, resultando em importantes conquistas para a sociedade¹⁰.

A propósito, confira-se, mais uma vez, a lição de Ávila (2016, p. 430):

Assim, o Ministério Público é a instituição pública encarregada de fiscalizar o respeito ao sistema de direitos fundamentais, e de levar de forma ativa as demandas de interesse social ao conhecimento do Poder Judiciário, e de atuar de forma ativa na fiscalização do projeto constitucional. Para além da tradicional função demandista, há uma consolidação da função resolutiva do Ministério Público, em promover diretamente (em atuação extrajudicial) entendimentos e gestões tendentes à resolução de problemas, atuando como um relevante catalizador jurídico para que o Estado ou outras instituições da sociedade venham aderir ao projeto constitucional de justiça social. Exemplo relevante são os constantes Termos de Ajustamento de Conduta celebrados entre o Ministério Público e instituições públicas ou privadas para assegurar que essas instituições venham aderir ao modelo legal, sob pena de ações concretas de responsabilização pelo Ministério Público, e que acabam tendo um relevante efeito de propulsão de alteração de práticas institucionais. [...] Assim, o Ministério Público é uma instituição que é, ela mesma, uma garantia de concretização do projeto de sociedade justa desenhado pelo sistema constitucional de direitos fundamentais.

No mesmo sentido dessa necessidade de releitura do próprio conceito constitucional de Ministério Público trazido pelo art. 127, *caput*, da CF/1988, sobretudo no trecho que o qualifica como “essencial à função

10 Referida evolução, segundo Gregório Assagra, ainda não se encontraria em estágio tão avançado quanto poderia nestes quase trinta anos de vigência de CF/1988, pois, enquanto já presentes instrumentos normativos para tal desiderato, faltaria uma revisão da cultura institucional para superar a predominância do modelo demandista (ALMEIDA, 2014, p. 60).

jurisdicional do Estado”, indispensável o destaque à sempre lapidar lição de Mazzilli (2014, p. 120-121):

A referência a ser “essencial à função jurisdicional do Estado” vem no art. 127 da Constituição e já se encontrava no art. 1º da LC n. 40/81, bem como constava do art. 308 do Anteprojeto Afonso Arinos, mas não deixa de ser duplamente incorreta: diz menos do que deveria (o Ministério Público tem inúmeras funções exercidas independentemente da prestação jurisdicional, como na fiscalização das prisões, nas habilitações de casamento, na homologação de acordos extrajudiciais, na direção de inquérito civil, no atendimento ao público, nas funções de *ombudsman*) e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, diz mais do que deveria (pois o Ministério Público não oficia em todos os feitos submetidos à prestação jurisdicional, e, sim, normalmente, apenas naqueles em que haja algum interesse indisponível, ou, pelo menos, transindividual, de caráter social, ligado à qualidade de uma das partes ou da natureza da lide).

[...]

Por outro lado, a responsabilidade do Ministério Público como guardião da ordem jurídica deve ser considerada em face de todos os poderes do Estado e não apenas ante o Poder Judiciário.

Por outro lado, como não convém descuidar da importância da tutela dos direitos fundamentais em sede judicial, relevante destacar o advento de recente julgado do Supremo Tribunal Federal que, por meio de seu Pleno e em regime de repercussão geral, a par de reafirmar a legitimidade do Ministério Público para a postulação em juízo de prestações materiais em face do Estado visando a salvaguarda do princípio da dignidade humana, consolidou o entendimento da possibilidade de se demandar o poder público para a realização de melhorias no sistema prisional, não sendo oponível o argumento da reserva do possível.

A esse respeito, confira-se o acórdão recentemente publicado e assim ementado:

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU

DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido. (RE n. 592.581/RS, rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 1º fev. 2016).

Importante salientar, ademais, que, além de o referido precedente ter operado inegável avanço na temática da judicialização de políticas públicas, o fez justamente em matéria de sistema prisional, a corroborar tanto a urgência de melhorias em tal seara quanto a eficácia da fiscalização empreendida pelo Ministério Público, uma vez que, quando não logrado êxito na esfera extrajudicial, não prescinde de suas demandas via ação civil pública.

Note-se que, enquanto tal precedente corrobora o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/1988 – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), reforça, por via reflexa, a própria autoridade do Ministério Público em sede extrajudicial, na medida em que denota, caso não alcançada administrativamente a solução proposta pelo órgão ministerial, a inevitável consequência de provimento jurisdicional da demanda correspondente.

Desse modo, nesse contexto de crescente importância da fiscalização do Ministério Público sobre o sistema prisional, e do incremento da efetividade da composição ministerial com o Poder Público, em decorrência da inevitabilidade do provimento jurisdicional de semelhante demanda em tal seara, convém passar a um breve estudo da recomen-

dação e do ajustamento de conduta, instrumentos mais utilizados na atuação extrajudicial.

4.2 A recomendação e o termo de ajustamento de conduta

Importante instrumento que, conquanto não vinculante da “parte passiva”, tem permitido o alcance de relevantes resultados, sobretudo perante a administração militar federal, é a recomendação.

Prevista no art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), e art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar n. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), visa “à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis”.

A respeito da recomendação, interessante o magistério de Franco (2016):

Trata-se de instituto de uso ainda limitado por parte da instituição e que deve ser incrementado a fim de que possa atender às finalidades protetivas do erário público, considerando a sua força de correção e prevenção, bem como sua utilidade preambular na adoção de outros instrumentos judiciais e extrajudiciais de maior complexidade ou contenciosidade.

[...]

Tomada de forma geral, a recomendação pode ter um sentido positivo (realizar determinada tarefa ou suprir uma omissão) ou uma acepção negativa (deixar de agir de determinado modo). Mas ela também é apta a gerar efeitos indiretos, notadamente:

- a) condiciona comportamentos jurídicos, influenciando na tomada de decisões;
- b) tem um caráter psicologicamente conformador e influi nos mecanismos psicológicos de escolha, sem tolher a liberdade decisória do destinatário;
- c) gera o referido dever de pronunciamento do destinatário [...];
- d) quando acatada, pode ser útil como elemento atenuador de certas responsabilidades ou repercutir na esfera jurídica de terceiros (nomeadamente nos casos que envolvem direitos supraindividuais);

e) quando não acatada, pode servir de elemento demarcador da responsabilidade civil e criminal e não impede que os fatos venham a constituir objeto de outras medidas;

f) no campo interno, as recomendações vinculam o próprio Ministério Público.

[...]

6. Conclusões:

1. A recomendação é instrumento com assento legal e que permite estender a função *ombudsman* do Ministério Público, prevista no inc. II, do art. 129, da CF, à função de proteção do patrimônio público e social, referida no inc. III do mesmo dispositivo constitucional;

2. O instrumento deve ser mais largamente utilizado, seja como forma singela de correção de ilegalidades, seja como medida preliminar demarcatória do elemento subjetivo, no exame de atos onde possam remanescer dúvidas acerca da má-fé do investigado. Em contrapartida, deve-se ter o cuidado para que não se incorra na banalização do seu uso;

3. A recomendação deve ser instruída por alçada fundamentação, de modo a agregar conteúdo jurídico à força moral que dela decorre;

4. A recomendação pode ser expedida independentemente da existência de inquérito civil ou de outros procedimentos investigatórios, sem prejuízo de ser utilizada no curso ou no desfecho desses instrumentos.

Por seu turno, o art. 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) prevê que os legitimados à propositura da referida modalidade de ação judicial “poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

A esse respeito, importante mencionar o art. 14 da Resolução CNMP n. 23/2007, nos seguintes termos:

Art. 14. O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas

e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

Ademais, consoante esclarece o próprio CNMP¹¹, o termo de ajustamento de conduta “é um acordo que o Ministério Público celebra com o violador de determinado direito coletivo. Este instrumento tem a finalidade de impedir a continuidade da situação de ilegalidade, reparar o dano ao direito coletivo e evitar a ação judicial”.

Assim, tanto a recomendação quanto o termo de ajustamento de conduta mostram-se plenamente aplicáveis à atividade fiscalizatória do Ministério Público sobre o sistema prisional, seja em sua vertente preventiva¹², seja com seu potencial corretivo, sempre de maneira a solucionar extrajudicialmente as composições de interesse com o Estado, de modo a obter o mais rapidamente possível a observância aos direitos fundamentais assegurados na Constituição e nas leis que regem o encarceramento, evitando-se contribuir para o congestionamento de processos do Poder Judiciário¹³.

Portanto, até mesmo em face da normatização invocada, referidos instrumentos revelam-se também utilizáveis pelo Ministério Público Militar, consoante se passa a examinar.

4.3 As possibilidades de atuação extrajudicial do Ministério Público Militar

Enquanto ramo integrante do Ministério Público da União (art. 128, inciso I, alínea *c*, da CF/1988) e, portanto, regido pela Lei Complementar n. 75/1993 e pelas normativas emanadas pelo Conselho Nacional do

11 Disponível em: <<http://www.cnmp.gov.br/direitoscoletivos/index.php/4-o-que-e-o-termo-de-ajustamento-de-conduta>>. Acesso em: 7 mar. 2016.

12 A tutela preventiva é considerada por Gregório Assagra de Almeida como “a mais significativa e importante tutela jurídica do estado democrático de direito”, evitando-se a ocorrência do dano que, em casos que tais, mostra-se impassível de “reparação *in natura*”, cabendo ao Ministério Público a necessária mudança cultural no seio da instituição para a “defesa preventiva da sociedade” (ALMEIDA, 2014, p. 70-71).

13 Outra importante implicação da priorização da via extrajudicial para a atuação ministerial refere-se à notória celeridade do alcance da solução pretendida, revelando-se “mecanismo mais expedito para a sua tutela do que o transcurso do processo” (RODRIGUES, 2014, p. 239).

Ministério Público, não remanescem dúvidas acerca da atribuição do Ministério Público Militar para, em razão da sua atividade de inspeção prisional em face da administração militar federal, adotar as providências cabíveis para a solução dos problemas eventualmente encontrados, sobretudo quando considerada sua condição inafastável de *custos legis*.

E tal conclusão se coaduna com o quanto bem lembrado por Assis (2011, p. 173-174):

Não foi sem razão que os Membros do Ministério Público Militar, participantes da 1ª Reunião de Promotores da Justiça Militar em Estágio Probatório, realizada em Brasília/DF, de 25 a 27 de outubro de 2000, inspirados nas exposições e nos debates dos assuntos constantes da Programação Temática, emitiram a Carta de Brasília, da qual, a conclusão primeira é a de que:

Considera-se fundamental o exercício amplo e efetivo da função de *custos legis* pelo Ministério Público Militar, atuando nos procedimentos pré-processuais, processos de conhecimento, cautelares e executórios, emitindo pronunciamento em defesa da ordem jurídica, e requerendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis. A sua intervenção como fiscal da lei decorre das disposições dos arts. 127 e 129 da Constituição Federal. É na defesa da ordem jurídica que o Ministério Público realça sua função essencial à prestação jurisdicional.

Nesse contexto, e considerando que a grande maioria das eventuais irregularidades que possam ser encontradas pelo Ministério Público Militar em sua atividade fiscalizatória não sejam passíveis de solução pela via judicial em sede da Justiça Militar da União, cuja competência, por força da Constituição Federal (art. 124), restringe-se ao processo e julgamento dos crimes militares definidos em lei, exsurtem novos desafios para a atuação do *Parquet* castrense na busca por soluções para os problemas do sistema prisional sob administração militar federal.

Desse modo, diante da crescente realidade de extrajudicialização da atuação do Ministério Público brasileiro, somada ao especialmente estreito âmbito de competência da Justiça Militar da União, cabe ao Ministério Público Militar potencializar o uso dos instrumentos de composição de interesses públicos (o primário, tutelado pelo representante ministerial, e o secundário, defendido pela administração), seja os já

analisados (a recomendação e o termo de ajustamento de conduta), seja os demais expedientes à disposição do *Parquet*.

Note-se que, diferentemente do que costuma ocorrer quando expedida recomendação em face de órgãos da administração pública em geral, nas ocasiões em que direcionada à administração militar tem-se observado elevado grau de atendimento espontâneo ao quanto recomendado pelo Ministério Público¹⁴.

As Forças Armadas, enquanto instituições fundadas na hierarquia e na disciplina e, quando necessário, chamadas à garantia da lei e da ordem, apresentam apurado senso de acatamento às normas e às orientações das autoridades constituídas, sendo certo que o Ministério Público Militar goza de especial prestígio em tal realidade.

Algumas vezes, sequer se faz necessário chegar à expedição de recomendação, na medida em que o singelo envio de cópia do relatório de inspeção prisional, com a exposição motivada e fundamentada das melhorias cabíveis, já se mostra suficiente à imediata busca pelo aperfeiçoamento por parte da autoridade militar.

Observe-se, nesse sentido, que, além do risco inerente à manutenção de militar encarcerado (cuja vulnerabilidade emocional se intensifica com o passar do tempo de reclusão), há a responsabilidade objetiva da Administração em caso de sinistro com a pessoa custodiada (consagrada pela doutrina e pela jurisprudência).

Nesse contexto, nota-se fundado receio, por parte do comandante de cada organização militar, de se ver implicado em eventual (e indesejado) episódio de incidente envolvendo militar custodiado sob sua autoridade, a ensejar complicações de toda ordem, sobretudo no que concerne ao futuro de sua carreira militar, componente que também auxilia no empenho dos comandos militares na busca, senão pela solução adequada, ao menos pela solução possível.

Por outro lado, não se deve descartar a possibilidade, sobretudo em casos mais complexos e que demandem o dispêndio de recursos

14 Consoante observado pelo próprio autor em sua atuação funcional e a partir dos relatos de colegas por ocasião dos debates promovidos na recente atividade da ESMPU, já citada.

materiais e humanos de maior monta, a celebração de ajustamento de conduta com a administração militar.

E isso porque, consoante visto, referido instrumento encontra-se previsto no art. 6º, § 5º, da Lei n. 7.347/1985, aos ali legitimados, entre os quais, todo o Ministério Público brasileiro. Tal dispositivo, conjugado ao art. 6º, inciso VII, da LC n. 75/1993, e ao art. 129, inciso III, da CF/1988, confere ao Ministério Público Militar fundamento normativo suficiente para sua atuação mediante mais esse instrumento extrajudicial¹⁵.

Note-se que, enquanto *custos legis*, nem sempre caberá ao Ministério Público Militar estabelecer as necessárias tratativas somente com a administração militar, hipóteses em que, nem mesmo por isso, deverá se furtar a buscar os expedientes tendentes à solução dos eventuais problemas encontrados.

A esse respeito, cite-se, a título exemplificativo, a nem tão rara situação da manutenção, por período superior ao necessário para sua realocação, de presos à disposição da Justiça comum que já perderam a qualidade de militar e tiveram tal situação levada a conhecimento da autoridade judiciária competente, hipótese em que o Ministério Público Militar pode (e deve) oficiar ao juízo respectivo para que providencie a remoção do ex-militar para o sistema prisional comum.

Por oportuno, a corroborar toda a análise aqui empreendida acerca da complexidade da atividade de inspeção prisional e das amplas possibilidades de atuação do Ministério Público Militar, sobretudo em sede extrajudicial, foi editada a Resolução n. 84/CSMPM, de 15 de abril de 2015¹⁶, a qual assim dispõe:

Art. 2º O Procedimento Administrativo é instrumento próprio da atividade-fim destinado a:

I – acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, políticas públicas ou instituições;

15 Note-se que não se desconhece a intensa controvérsia acerca da legitimidade do Ministério Público Militar para o manejo de ação civil pública. A esse respeito, *vide* Assis (2011).

16 Disponível em: <<http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2015/05/resolucao-84.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2016.

II – registrar a atividade extrajudicial do Membro do Ministério Público Militar no exercício do controle externo da polícia judiciária militar, especificamente quanto à verificação e inspeção de presídio ou qualquer estabelecimento prisional, permanente ou provisório, situado em área sob Administração Militar das Forças Armadas ou sob Comando de autoridade militar federal;

III – apurar fato que enseje a tutela de interesses individuais indisponíveis;

IV – embasar a atuação extrajudicial do MPM, especialmente recomendações e adoção de providências cabíveis pela Administração Militar.

Referido ato normativo representa importante posicionamento institucional a amparar as iniciativas em sede extrajudicial ora defendidas para a atuação do *Parquet* castrense a partir da inspeção prisional.

Nesse particular contexto de trabalho do Ministério Público Militar, consistente em interagir com um público mais receptivo às orientações ministeriais, aliado ao incentivo institucional para a atuação extrajudicial sobretudo em sede de inspeção prisional, revela-se a importância da atividade preventiva e pedagógica do *Parquet* castrense.

Da mesma forma que as decisões judiciais em sede processual se realizam, em regra, mediante a conjugação dos conhecimentos técnico-jurídicos do juiz togado com a experiência na caserna dos juízes militares, mostra-se viável o alcance de soluções consensuais entre o representante ministerial e os comandos militares em matéria de inspeção prisional, mediante interpretação conjunta da norma jurídica com a realidade militar.

A esse respeito, mostra-se muito pertinente a lição de Gregório Assagra de Almeida (2014, p. 72):

Na sua atuação extrajurisdicional, como grande intermediador e pacificador da conflituosidade social, o Ministério Público assume função social pedagógica: com a educação da coletividade para o exercício da cidadania e das organizações sociais. E isso a instituição poderá fazer pelas recomendações, pelas audiências públicas e pelos termos de ajustamento de conduta.

É de se destacar que a forma mais legítima de realização do direito não vem da capacidade de decidir e de fazer imperar decisões, mas do diálogo, da interpretação negociada da norma jurídica.

5 Considerações finais

A atividade de inspeção prisional, conquanto prevista na Lei de Execuções Penais desde 1984, somente se intensificou a partir da normativa do CNMP, cuja Resolução n. 56/2010 é, portanto, ainda relativamente recente.

E também o é o desempenho de referida atribuição pelo Ministério Público Militar, de modo que ainda há uma vasta possibilidade de atuação desse ramo ministerial que, embora se depare com uma série de especificidades aqui sucintamente abordadas, insere-se no amplo contexto de fiscalização prisional exercida por todo o Ministério Público brasileiro.

Enquanto ainda não pacificada a possibilidade de atuação judicial do Ministério Público Militar fora da Justiça Militar da União, e diante da estreita competência dessa Justiça especializada, mais do que uma mera alternativa, o manejo de expedientes de natureza extrajudicial afigura-se, talvez, como a única solução, a curto prazo, para o *Parquet* castrense buscar diretamente os aprimoramentos necessários no sistema prisional militar federal, apesar de suas reconhecidas virtudes.

E tal proposta revela-se especialmente viável ante a analisada conjuntura do perfil dos presos sob administração militar federal (majoritariamente à disposição da Justiça comum ou disciplinares) e da vocação institucional das Forças Armadas em observar as normas e as orientações das autoridades constituídas, sendo certo que o Ministério Público Militar goza de especial prestígio em tal realidade.

Tamanha a importância da via extrajudicial para a atuação do *Parquet* castrense em matéria de inspeção prisional, que editada norma pelo Conselho Superior (Resolução n. 84/CSMPM, de 15 de abril de 2015) destinada a documentar e submeter à Câmara de Coordenação e Revisão todas as providências adotadas em sede de fiscalização prisional, atividade que, ao lado da investigação direta, compõe a parcela mais expressiva da atividade extrajudicial do Ministério Público Militar.

Da mesma forma que a sociedade brasileira é dinâmica, também o deve ser a instituição à qual a Constituição atribuiu a defesa de seus mais caros valores fundamentais, qual seja, o Ministério Público.

Guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, o Ministério Público brasileiro passa por um processo de releitura do seu *status* de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, assumindo o protagonismo na resolutividade dos problemas com os quais se depara em suas múltiplas atividades, entre as quais a inspeção prisional.

E o Ministério Público Militar, com seus 95 anos de história, faz parte de tal fenômeno transformador da sociedade e do *Parquet*, reinventando-se a cada desafio que encontra no desempenho de sua missão constitucional, desenvolvendo, também por meio da fiscalização prisional, sua vocação para uma atuação extrajudicial igualmente profícua para o Brasil.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra. *O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social*. Temas atuais do Ministério Público. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2014.

ASSIS, Jorge César de. *Direito à visita íntima na Justiça Militar*. Disponível em: <http://www.jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/visita_intima_-_corrigido.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2016.

ASSIS, Jorge César de; ARPINI, Soel; ZANCHET, Dalila Maria. *Legitimidade do Ministério Público Militar para a interposição da ação civil pública*. Curitiba: Juruá, 2011.

ASSIS, Jorge César; LAMAS, Cláudia Rocha. *Execução de Sentença na Justiça Militar*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/17696/1/ulsd070111_td_Thiago_Avila.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016.

BRASIL. Ministério Público Militar. *Relatório técnico do curso de ingresso e vitaliciamento para promotores de Justiça Militar*. Org. por Alexandre Reis de Carvalho, Denise Vieira Inseti Trindade, Flávia de Paula Oliveira, Hebert Vilson França. Brasília, 2015.

COIMBRA NEVES, Cícero Robson. *Manual de Processo Penal Militar em tempo de paz*. São Paulo: Saraiva, 2014.

FRANCO JUNIOR, Raul de Mello. *A importância do instituto da recomendação na tutela do patrimônio público e social*. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso%20PatPublico/Teses/Raul%20de%20Mello%20Franco%20-%20A%20import%C3%A2ncia%20da%20recomenda%C3%A7%C3%A3o.doc>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

MARREIROS, Adriano Alves. ROCHA, Guilherme. FREITAS, Ricardo. *Direito penal militar – teoria crítica e prática*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal*. Temas atuais do Ministério Público. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2014.

Karollyne Dias Gondim Neo

A regulamentação da audiência
de custódia na Justiça Militar da União

Sumário

1 Introdução

2 A apresentação sem demora do preso à autoridade judicial competente como direito fundamental

3 O art. 306 do Código de Processo Penal, caso alterado pelo Projeto de Lei do Senado n. 554/2011, e sua aplicabilidade à Justiça Militar da União

4 A Resolução n. 213 do Conselho Nacional de Justiça e a sua não aplicabilidade à Justiça Militar da União

5 Regulamentação da audiência de custódia na Justiça Militar da União: alteração do Código de Processo Penal Militar e edição de ato administrativo regulamentador pelo Superior Tribunal Militar

5.1 Tempo de apresentação

5.2 Videoconferência

5.3 Menagem como medida alternativa à prisão preventiva

6 Conclusão

1 Introdução

O artigo abordará a regulamentação da denominada “audiência de custódia” no âmbito da Justiça Militar da União. A referida audiência consiste na apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente a fim de que seja ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão, dando ensejo à efetividade dos seus direitos fundamentais e concretizando normas internacionais sobre direitos humanos.

A apresentação do preso à autoridade judicial está prevista em normas convencionais, a saber, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), dos quais o Brasil é signatário. Contudo, até então, esse direito fundamental do preso não era observado pelas autoridades estatais. Não havia uma regulamentação do procedimento a ser adotado para a apresentação da pessoa presa, nos termos previstos nas referidas convenções.

Vê-se que a constatação pelo Supremo Tribunal Federal de que o País vive em um “estado inconstitucional de coisas”, ou seja, de que há um massivo desrespeito aos direitos fundamentais dos presos, reforçou a necessidade de implementação da audiência de custódia como um forte subsídio no tratamento da superlotação carcerária brasileira e como instrumento contra a violação de direitos humanos¹.

Apesar de a superlotação carcerária não ser uma realidade no âmbito da Justiça Militar da União, não se pode olvidar que a realização da audiência de custódia, nos moldes previstos nas normas internacionais, não exclui sua aplicação aos presos sujeitos à Justiça Militar.

Dessa forma, em fevereiro de 2015, houve a implementação do projeto-piloto “audiências de custódia”, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual foi encampado por diversas unidades da Federação e, inclusive, por Auditorias da Justiça Militar da União². O

1 STF, ADPF 347 MC/DF, rel. min. Marco Aurélio, *DJe*, 19 fev. 2016.

2 Cf. STM. Auditoria do Rio de Janeiro é pioneira na realização de audiências de custódia nas prisões em flagrante. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/5422-auditoria-do-rio-de-janeiro-e-pioneira-na-realizacao-de-audencias-de-custodia-nas-prisoos-em-flagrante>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

referido projeto foi um marco importante na concretização do direito de apresentação das pessoas presas em flagrante à autoridade judicial competente no âmbito da Justiça comum.

A fim de uniformizar os procedimentos para a referida audiência em todo o País, o Conselho Nacional de Justiça, em 15 de dezembro de 2015, editou a Resolução n. 213, a qual dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa em flagrante à autoridade judicial no prazo de 24 horas, gerando críticas e questionamentos acerca de suas previsões. Contudo, tal resolução não se referiu expressamente à Justiça Militar da União, permanecendo assim a ausência de regulamentação da audiência de custódia nessa Justiça especializada.

Outro instrumento relevante para a concretização e inserção da audiência de custódia na legislação brasileira é o Projeto de Lei do Senado n. 554/2011, ainda em tramitação, o qual dispõe sobre a alteração do art. 306 do Código de Processo Penal, regulamentando o procedimento a ser adotado na mencionada audiência.

O tema em questão é relevante por refletir em procedimentos a serem adotados e observados tanto por magistrados da Justiça Militar da União quanto por membros do Ministério Público Militar, da Defensoria Pública da União, advogados e, principalmente, pela polícia judiciária militar, constituída muitas vezes por militares que não possuem formação jurídica.

Destarte, o escopo deste estudo é verificar quais normas poderão ser aplicadas no âmbito da Justiça Militar da União a fim de viabilizar a realização da audiência de custódia de militares e civis presos em flagrante.

Para tanto, o presente artigo busca esclarecer a importância da audiência de custódia enquanto instrumento para a efetivação de direitos fundamentais do preso, bem como analisar os reflexos na Justiça castrense do Projeto de Lei do Senado n. 554/2011 e da Resolução n. 213 do Conselho Nacional de Justiça.

STM. Auditoria de Santa Maria (RS) faz sua primeira audiência de custódia. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/1-instancia/3-cjm-rs/3-cjm-rs-santa-maria-3-auditoria/noticias-3-cjm-rs-santa-maria/item/5583-auditoria-de-santa-maria-rs-faz-sua-primeira-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

Finalmente, objetiva-se verificar de que forma poderá ser regulamentada a audiência de custódia na Justiça Militar da União, apontando questões a serem observadas por ocasião de sua regulamentação, tais como o tempo de apresentação do preso, a utilização do sistema de videoconferência e a aplicação da menagem, instituto próprio da legislação processual castrense, como medida cautelar diversa da prisão.

2 A apresentação sem demora do preso à autoridade judicial competente como direito fundamental

As expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” comumente são utilizadas como sinônimas, representando direitos que materializam a dignidade humana. Em que pese muitas vezes conflúem para os mesmos direitos, há relevante distinção entre eles, evidenciada na esfera de positivação.

Assim, conforme ensina Sarlet (2015, p. 29), reservou-se a expressão “direito fundamental” para aqueles direitos do ser humano positivados na ordem jurídica interna de determinado Estado, geralmente por meio de sua Constituição, enquanto a expressão “direitos humanos” refere-se aos direitos do ser humano positivados na ordem internacional, independentemente de qualquer vinculação a um Estado, possuindo um caráter supranacional.

Dessa forma, apesar de haver grande convergência entre a ordem interna e a internacional, no que diz respeito aos direitos referentes ao homem, é possível haver direito humano que não seja consagrado como direito fundamental e vice-versa, bastando a não positivação desse direito em uma das ordens.

Vale ressaltar que, pelo próprio caráter dos direitos fundamentais, eles não ficam restritos às normas contidas no texto constitucional, tanto que a própria Constituição dispõe no § 2º do art. 5º que não serão excluídos outros direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, consagrando, assim, a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais.

Quanto ao direito do preso de ser apresentado sem demora à autoridade judicial, vê-se que está previsto no item 5 do art. 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1966, ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 678/1992, e no item 3 do art. 9º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto n. 592/1992, os quais dispõem respectivamente:

Artigo 7º – Direito à liberdade pessoal

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

Artigo 9º

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Considerando o quadro delineado, vemos que o direito do preso de ser apresentado sem demora à autoridade judicial configura, além de um direito humano, também um direito fundamental. Isso em razão da incorporação dos mencionados documentos internacionais ao ordenamento jurídico interno por meio dos Decretos n. 678/1992 e n. 592/1992. Assim, tais normas ampliam o catálogo de direitos fundamentais previstos na Constituição, tornando-se garantia dos cidadãos a ser observada pelo Estado brasileiro.

Insta consignar que o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 466.343/SP³, assentou o entendimento de que a Convenção Americana de Direitos Humanos ostenta no ordenamento

3 STF, RE 466.343/SP, rel. min. Cezar Peluso, *DJe*, 5 jun. 2009.

jurídico interno o *status* normativo supralegal. Assim, prevalece sobre toda e qualquer norma infraconstitucional interna, mas se encontra abaixo das normas previstas na Constituição, uma vez que não foi aprovada mediante o rito especial previsto no § 3º do art. 5º da Carta Magna, o que lhe daria força equivalente às emendas constitucionais.

Ressalte-se, por fim, que o título II da Constituição Federal, sob a rubrica “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, prevê no § 1º do art. 5º que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Assim, independentemente do motivo da prisão, a pessoa presa poderá exigir ser levada à presença de uma autoridade judicial competente, sem demora.

3 O art. 306 do Código de Processo Penal, caso alterado pelo Projeto de Lei do Senado n. 554/2011, e sua aplicabilidade à Justiça Militar da União

Em que pese a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos serem normas vigentes no Brasil desde 1992, portanto, há mais de 20 anos, o direito de apresentação do preso à autoridade judicial competente, nos moldes da jurisprudência firmada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)⁴, não era observado.

Com vistas à efetivação desse direito, em 6 de setembro de 2011, o senador Antonio Carlos Valadares apresentou o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 554/2011⁵, objetivando a inserção da denominada audiência de custódia na legislação brasileira. O referido projeto de lei propunha a alteração do § 1º do art. 306 do Decreto-Lei n. 3.689/1941 – Código

4 Saliente-se que, conforme o art. 1º do Decreto n. 4.463/2002, o Brasil reconhece a competência da CIDH para a interpretação ou aplicação da CADH, de modo que se torna imprescindível a observância das diretrizes apontadas pela Corte Interamericana com vistas à fiel execução da convenção.

5 Convém ressaltar que o PLS n. 554/2011 não foi a primeira nem a única iniciativa legislativa voltada à implementação da audiência de custódia no Brasil. Andrade e Afflen (2016) indicam ainda o Projeto de Lei do Senado n. 156/2009, a Proposta de Emenda Constitucional n. 7.871/2014, o Projeto de Lei n. 7.871/2014, o Projeto de Lei n. 470/2015 e a Proposta de Emenda Constitucional n. 89/2015.

de Processo Penal (CPP) –, para incluir no mencionado dispositivo a apresentação do preso ao juiz competente no prazo máximo de 24 horas, contados da prisão, cuja redação seria a seguinte:

Art. 306 [...]

§1º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Em 18 de setembro de 2013, a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal (CDH) emitiu parecer favorável ao PLS n. 554/2011 e aprovou um substitutivo, com relevantes alterações, instituindo um rito procedimental para a audiência de custódia. O substitutivo foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal (CAE) e, posteriormente, alterado e aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), encontrando-se atualmente pronto para deliberação do Plenário.

Conforme o texto final do substitutivo do PLS n. 554/2011, o art. 306 do Código de Processo Penal passará a ter a seguinte redação:

Art. 2º O art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente pela autoridade policial responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público e à Defensoria Pública quando não houver advogado habilitado nos autos, bem como à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado pela autoridade policial ao juiz competente e ao Ministério Público o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública respectiva.

§ 2º O descumprimento do prazo previsto para a apresentação do preso perante o juiz competente, por si só, não enseja o relaxamento da prisão.

§ 3º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade policial, com o motivo

da prisão, capitulação jurídica, o nome do condutor e os das testemunhas.

§ 4º Imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, diante da alegação de violação aos direitos fundamentais da pessoa presa, a autoridade policial em despacho fundamentado determinará a adoção das medidas cabíveis para a preservação da integridade do preso, além de determinar a apuração das violações apontadas, instaurando de imediato inquérito policial para apuração dos fatos, requisitando a realização de perícias, exames complementares, também determinando a busca de outros meios de prova cabíveis.

§ 5º No prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 6º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo quarto, o juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida, ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

§ 7º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 8º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo sexto, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310.

§ 9º Na impossibilidade, devidamente certificada e comprovada, de a autoridade judiciária realizar a inquirição do preso quando da sua apresentação, a autoridade custodiante ou a autoridade policial, por meio de seus agentes, tomará recibo do serventuário judiciário responsável, determinando a juntada nos autos neste último caso, retornando com o preso e comunicando o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao Conselho Nacional de Justiça.

§ 10. Tendo em vista a necessidade de garantir os direitos fundamentais da pessoa presa, a audiência de custódia deverá ser obrigatoriamente realizada no primeiro dia útil subsequente, devendo a autoridade custodiante, sob pena de responsabilidade, reapresentá-lo na data indicada.

§ 11. Nos casos de crimes de competência da Polícia Federal, quando o município do local da lavratura do flagrante delito não coincidir com sede da Justiça Federal, a autoridade custodiante ou a autoridade policial federal deverá determinar a seus agentes que conduzam o preso ao Juízo de Direito do local da lavratura da peça flagrantial no prazo máximo de vinte e quatro horas, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública⁶.

Do procedimento adotado para a audiência de custódia, percebe-se, como bem ressalta Andrade e Alflen (2016, p. 108), que ela passou a ter uma tríplice finalidade: a) verificar a (i)legalidade da restrição de liberdade; b) apurar a ocorrência de possíveis maus-tratos ou tortura no período compreendido entre a prisão e a apresentação ao magistrado; e c) apreciar a (des)necessidade da manutenção da privação da liberdade, convertendo a prisão em preventiva ou concedendo a liberdade provisória ou aplicando medida cautelar.

Resta saber se a alteração proposta pelo PLS n. 554/2011, caso convertida em lei, poderá ser aplicada à Justiça Militar da União.

Com efeito, assim dispõe o Código de Processo Penal Militar (CPPM) acerca da utilização de normas da legislação processual comum em casos não previstos na legislação processual castrense:

Suprimento dos casos omissos

Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos:

- a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;
- b) pela jurisprudência;
- c) pelos usos e costumes militares;

6 BRASIL. Senado Federal. Quadro comparativo. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/178737.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

- d) pelos princípios gerais de Direito;
- e) pela analogia.

Considerando a ausência de normas processuais acerca da audiência de custódia no Código de Processo Penal Militar e diante do permissivo legal de utilização da legislação processual penal comum nos casos omissos, vê-se que são perfeitamente aplicáveis no âmbito da Justiça Militar da União os dispositivos do CPP que versarem sobre a audiência de custódia no que não forem prejudiciais à índole do processo penal militar.

Saliente-se, contudo, que, da forma como está prevista no texto final do substitutivo do PLS n. 554/2011, a audiência de custódia será realizada apenas por ocasião da prisão em flagrante, não se referindo o texto sobre as prisões ocorridas em inquéritos policiais e durante a instrução processual, o que acaba limitando o sentido da norma convencional.

Seguindo-se assim o art. 306 do CPP, com a redação do PLS n. 554/2011, a audiência de custódia na Justiça Militar da União será realizada pelo juiz-auditor ou juiz-auditor substituto com a presença do preso, do Ministério Público e do advogado ou do defensor público, apenas em casos de flagrante delito, conforme os incisos II e III do art. 30 da Lei n. 8.457/1992.

4 A Resolução n. 213 do Conselho Nacional de Justiça e a sua não aplicabilidade à Justiça Militar da União

Em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, iniciou um projeto-piloto visando à implantação da audiência de custódia no Estado de São Paulo, de forma gradativa. Atualmente, a totalidade dos estados da Federação aderiu ao projeto⁷.

7 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

Assim, a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a Corregedoria-Geral de Justiça daquele estado editaram o Provimento Conjunto n. 3/2015, estabelecendo regras para o procedimento da audiência de custódia. O referido provimento foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.240, ajuizada pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia (ADEPOL), na qual o Supremo Tribunal Federal, em 20 de agosto de 2015, assentou ser constitucional a regulamentação da audiência de custódia pelos tribunais, cujo aresto está assim redigido:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o *status* jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de *habeas corpus*, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O *habeas corpus ad subjiciendum*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de *habeas corpus* instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o *status* do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo *ad argumentandum* impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. *In casu*,

a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e *erga omnes*, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país⁸.

Em 15 de dezembro de 2015, o presidente do Conselho Nacional de Justiça, unificando o entendimento sobre o tema, editou a Resolução n. 213, regulamentando com minúcias a audiência de custódia.

Necessário observar que a Resolução n. 213 do CNJ evidencia claro ato normativo de caráter geral e abstrato, que versa sobre regras processuais de observância pelos membros do Poder Judiciário, Polícia Judiciária, Defensoria Pública e Ministério Público dos diversos estados da Federação.

Ainda que se comungue o entendimento do STF de que a regulamentação da audiência de custódia pelos tribunais não ofende a Constituição, por estar albergada pelo art. 96, I, *a*, e apenas tecer detalhes sobre o procedimento já previsto para o habeas corpus, fato é que

8 STF, ADI n. 5.240, rel. min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5240%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+5240%2EACMS%2E%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/lxjyskt>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

o Conselho Nacional de Justiça não é tribunal. Como o próprio nome indica, trata-se de um conselho, ao qual compete, nos termos do § 4º do art. 103-B da Constituição Federal, o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário. Dessa forma, não há como negar que a Resolução n. 213 do Conselho Nacional de Justiça extrapolou o controle da atuação administrativa ao regulamentar a audiência de custódia.

Ainda que se considere a validade da Resolução n. 213 do CNJ, no que concerne à implementação da audiência de custódia no âmbito da Justiça Militar da União, tem-se que aquela é silente, apenas faz referência às autoridades judiciárias dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Federais locais, ou seja, os Tribunais Regionais Federais, não abrangendo as autoridades judiciárias previstas na Lei de Organização da Justiça Militar da União.

Assim dispõem o *caput* e o § 2º do art. 1º da Resolução n. 213 do CNJ:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

§ 2º Entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal local que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista.

De igual forma, percebe-se o silêncio em relação à Justiça Militar da União nos seguintes dispositivos da Resolução n. 213 do CNJ, que expressamente se refere aos Tribunais de Justiça estaduais e Tribunais Regionais Federais:

Art. 14. Os tribunais expedirão os atos necessários e auxiliarão os juízes no cumprimento desta Resolução, em consideração à realidade local, podendo realizar os convênios e gestões necessárias ao seu pleno cumprimento.

Art. 15. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais terão o prazo de 90 dias, contados a partir da entrada em vigor desta Resolução, para implantar a audiência de custódia no âmbito de suas respectivas jurisdições.

A Resolução n. 213 do CNJ, em que pese não se referir especificamente à Justiça Militar da União e, portanto, não ser vinculativa a essa Justiça especializada nos termos do § 5º do art. 102 do Regulamento Interno do CNJ, aponta diretrizes que podem balizar a regulamentação da audiência de custódia, sem olvidar as peculiaridades da Justiça castrense.

5 Regulamentação da audiência de custódia na Justiça Militar da União: alteração do Código de Processo Penal Militar e edição de ato administrativo regulamentador pelo Superior Tribunal Militar

Não obstante a possibilidade de aplicação subsidiária da legislação processual penal comum, mister se faz a regulamentação da audiência de custódia no próprio Código de Processo Penal Militar, de modo a adequá-la à realidade e às peculiaridades da Justiça Militar da União, além de uniformizar em todo o País o procedimento que será adotado, proporcionando um tratamento igualitário entre os presos.

Sabe-se, contudo, o quão demorado é o processo legislativo para a criação e alteração de leis, o que leva ao reiterado desrespeito aos direitos fundamentais já consagrados e pendentes de regulamentação. Vale salientar que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata⁹, sendo a apresentação da pessoa presa ao juiz um desses direitos já internalizados no ordenamento jurídico.

Diante desse quadro e como bem observa Andrade e Alflen (2016, p. 99 e 101), a própria CADH, em seu art. 2º, prevê que qualquer medida administrativa ou de qualquer outra natureza poderá ser utilizada para assegurar a concretização dos direitos previstos nessa convenção, evitando assim a procrastinação e a necessidade de uma atuação futura e incerta do Poder Legislativo do Estado Parte.

Dessa maneira, frente à necessidade de implementação urgente da audiência de custódia na Justiça Militar da União, em cumprimento às

9 Art. 5º, §1º, da CF/1988.

normas convencionais e em harmonia com o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN n. 5.240/SP, surge a possibilidade de regulamentação da audiência de custódia por ato administrativo do Superior Tribunal Militar, nos termos do inciso XL do art. 6º do seu Regimento Interno¹⁰.

Não se vislumbra correta a edição de atos administrativos pelos juízos de primeiro grau para a regulamentação da audiência de custódia, considerando que não lhes é dado o poder regulamentar sobre a matéria em questão, principalmente, no que diz respeito à fixação de um prazo certo para que ocorra a apresentação do preso ao juiz.

Na regulamentação da audiência de custódia na Justiça Militar da União é importante observar, além das diretrizes já traçadas pelo PLS n. 554/2011 e pela Resolução n. 213 do CNJ, as peculiaridades dessa Justiça especializada, a começar pela própria estrutura organizacional. Afinal, a Justiça Militar da União abrange 12 Circunscrições Judiciárias Militares¹¹, a que correspondem as Auditorias¹² instaladas em apenas 14 cidades¹³ no País, e cada Auditoria possui um juiz-auditor e um juiz-auditor substituto¹⁴. O Ministério Público Militar, por sua vez, também possui sedes apenas nos lugares em que estão situadas as Auditorias da Justiça Militar da União.

Dessa forma, com vistas à efetividade da audiência de custódia na Justiça Militar da União, devem ser considerados também na regulamentação o tempo de apresentação do preso à autoridade judicial, bem como outras medidas que possam auxiliar no cumprimento dessa obrigação assumida pelo Estado brasileiro, a exemplo da utilização da videoconferência em situações excepcionais e, ainda, a possibilidade de utilização da menagem como medida alternativa à prisão preventiva.

10 Ressalte-se que a Convenção de Viena, incorporada ao ordenamento jurídico interno pelo Decreto n. 7.030/2009, em seu art. 27, dispõe: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

11 Art. 2º da Lei n. 8.457/1992.

12 Art. 11 da Lei n. 8.457/1992.

13 Art. 102 da Lei n. 8.457/1992.

14 Art. 15 da Lei n. 8.457/1992.

5.1 Tempo de apresentação

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) estabelece em seu artigo 7º, item 5, que a apresentação de pessoa detida será realizada “sem demora”, não fixando qualquer prazo, de modo que caberá aos países signatários a eleição de um prazo ou, caso assim não o façam, que a apresentação ocorra em um período razoável.

No Brasil, tanto no PLS n. 554/2011 quanto na Resolução n. 213 do CJN, estabeleceu-se o prazo máximo de 24 horas para a apresentação do preso à autoridade judicial. Esse tempo de apresentação vem sendo bastante criticado por diversos setores da sociedade como sendo de difícil exequibilidade em um país tão grande como o Brasil e com imensas deficiências estruturais. A exemplo, cite-se a Nota Técnica n. 6/2015 emitida pelo Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, que em suas conclusões apresenta a seguinte sugestão:

a) seja estabelecido um prazo mais dilatado para a apresentação física do preso ao juiz que aquele de 24 (vinte e quatro) horas e/ou se preveja que situações excepcionais e devidamente comprovadas poderão justificar que tal providência se dê em tempo superior ao previsto em lei¹⁵.

De fato, se a grande dificuldade no cumprimento da apresentação da pessoa detida, em um prazo de 24 horas, em grandes cidades, já é observada na Justiça comum, com muito maior reserva se faz a aplicação desse prazo no âmbito da Justiça Militar da União.

Assim, a não imposição de tempo determinado para a apresentação ou a previsão de período mais dilatado, como 48 horas ou 72 horas, em nada afronta a Constituição e as normas convencionais, visto tratar-se de prazo razoável considerando a distância das Organizações Militares situadas fora da sede de Auditoria da Justiça Militar. Convém atentar que esta é uma previsão para o tempo máximo de apresentação, de forma que, para as Organizações Militares situadas na sede de Circunscrição Judiciária Militar, a apresentação poderá ser feita em menor tempo.

15 CNMP. Nota técnica n. 6/2015 – Plenário. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal/images/Nota_T%C3%A9cnica_6_de_25-08-2015_PL_554-2011.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2016.

O que se pretende evitar é o alargamento indiscriminado de prazo para apresentação do preso à autoridade judicial competente, mascarando eventuais torturas e prejudicando a apuração de condutas ilegais por parte da autoridade coatora.

O tratamento diferenciado encontra amparo no princípio da especialidade e também na razoabilidade, visto não ser razoável a imposição de prazo exíguo que já se sabe de antemão que não poderá ser cumprido.

5.2 Videoconferência

À Justiça Militar da União cabe o julgamento dos crimes militares ocorridos em todo o território nacional e ainda dos crimes militares ocorridos fora do País, conforme o art. 7º, *caput* e § 1º, do Código Penal Militar e o art. 4º do Código de Processo Penal Militar.

Como visto, no território nacional, a própria distribuição das Circunscrições Judiciárias Militares já indica que não será sempre possível o cumprimento do prazo de 24 horas, 48 horas e até mesmo 72 horas.

É importante salientar também a presença cada vez maior de militares das Forças Armadas em operações de paz realizadas em territórios estrangeiros, o que os deixa vulneráveis a possíveis ocorrências de crimes militares no exterior¹⁶.

Diante dessas situações, a audiência por videoconferência revela-se uma aliada valiosa para a realização da audiência de custódia, pois, além de reduzir gastos para o governo com o transporte de presos, representando uma economia de recursos humanos e materiais, evita o não comparecimento do preso em razão da falta de recursos do Estado. Sua utilização, contudo, deverá ocorrer em casos excepcionais, devidamente justificados, a fim de não se tornar a regra, observando-se ainda o disposto no § 2º do art. 185 do CPP¹⁷.

16 Atualmente, cerca de 1.740 militares brasileiros das três Forças participam de nove missões de paz ao redor do mundo. Disponível em: <<http://www.defesa.gov.br/relacoes-internacionais/missoes-de-paz>>. Acesso em: 2 mar. 2016.

17 § 2º do art. 185 do CPP: "Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema

A realização de audiência por videoconferência não é novidade no âmbito da Justiça Militar da União, sendo inclusive instituída pela Resolução n. 202, de 3 de abril de 2014, do Superior Tribunal Militar¹⁸. Apesar de a resolução dispor sobre a implantação do Sistema de Audiências por Videoconferência para a oitiva de testemunhas no âmbito do 1º grau de jurisdição da JMU, nada impede a sua utilização para fins de realização da audiência de custódia.

5.3 Menagem como medida alternativa à prisão preventiva

Outro ponto a ser destacado em relação à regulamentação da audiência de custódia no âmbito da Justiça Militar da União refere-se à possibilidade de adoção da menagem como medida cautelar alternativa à prisão preventiva.

Acerca deste instituto, Neves (2014, p. 607) ensina:

A menagem (arts. 263 e seguintes do CPPM), em resumo, consiste na manutenção do acusado, de maneira provisória, sem condenação (nem mesmo a recorrível), em local determinado pela autoridade judiciária (juiz auditor, juiz de direito ou Conselho de Justiça), em vez de sofrer os rigores de um encarceramento.

A menagem encontra-se prevista no Capítulo V do Título XIII (Das medidas preventivas e assecuratórias) do Código de Processo Penal

de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: (Redação dada pela Lei n. 11.900, de 2009)

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; (Incluído pela Lei n. 11.900, de 2009)

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; (Incluído pela Lei n. 11.900, de 2009)

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; (Incluído pela Lei n. 11.900, de 2009)

IV - responder a gravíssima questão de ordem pública. (Incluído pela Lei n. 11.900, de 2009)".

18 STM. Disponível em: <<http://www.stm.jus.br/10-usuarios-externos/item/751-resolucao-n-202-de-3-de-abril-de-2014>>. Acesso em: 2 mar. 2016.

Militar, o que demonstra sua clara natureza de medida cautelar diversa da prisão. Aliás, possui semelhança com as medidas cautelares previstas nos incisos IV e V do art. 319 do Código de Processo Penal comum¹⁹.

Dessa forma, por ocasião da audiência de custódia, deverá ser observada a possibilidade de concessão de menagem ao preso, nos termos do art. 263 do CPPM:

Competência e requisitos para a concessão

Art. 263. A menagem poderá ser concedida pelo juiz, nos crimes cujo máximo da pena privativa da liberdade não exceda a quatro anos, tendo-se, porém, em atenção a natureza do crime e os antecedentes do acusado.

Como bem observa Neves (2014, p. 608), quando a menagem for realizada em lugar sujeito à Administração Militar, o CPPM prevê o pedido de informações à autoridade militar responsável pelo comando ou direção a respeito da sua conveniência naquele local. Contudo, como ressalta o referido doutrinador, essa manifestação não vinculará a autoridade judiciária, a qual poderá conceder a menagem ainda que de forma contrária ao entendimento da autoridade militar.

Assim, considerando a celeridade da audiência de custódia, o mencionado pedido de informações poderá ser realizado pelos meios tecnológicos disponíveis (contato telefônico, mensagem eletrônica, mensagem de texto de celular).

Por fim, insta consignar que a menagem traz benefícios tanto para a Organização Militar quanto para a pessoa presa, visto que poderá desempenhar suas tarefas diárias, não prejudicando assim o serviço, além de evitar o desnecessário encarceramento.

19 Art. 319, CPP: "São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).

[...]

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei n. 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei n. 12.403, de 2011)".

6 Conclusão

A apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente constitui-se em direito fundamental do preso, previsto na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, tratados estes incorporados à legislação brasileira no ano de 1992.

Contudo, a inobservância desse direito fundamental durou mais de 20 anos, ante a ausência de regulamentação legal sobre a matéria. Apenas em 2015 iniciou-se a regulamentação da audiência de custódia por meio de provimentos dos Tribunais de Justiça estaduais, seguidos da Resolução n. 213 do Conselho Nacional de Justiça, datada de 15 de dezembro de 2015.

Outra medida com o fito de concretizar esse direito fundamental é o Projeto de Lei do Senado n. 554/2011, ainda em tramitação, que visa alterar o Código de Processo Penal para tornar obrigatória a apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente.

Em que pese todo o esforço das instituições brasileiras para a implementação da audiência de custódia, verificou-se que ainda persiste a ausência de regulamentação no âmbito da Justiça Militar da União.

Cabe ressaltar que as normas convencionais acima citadas contemplam os presos em geral, não excluindo, portanto, as prisões efetuadas no âmbito da Justiça Militar da União, evidenciando a necessidade de regulamentação sobre o procedimento a ser adotado para a audiência de custódia, com observância de suas peculiaridades.

O próprio Código de Processo Penal Militar prevê na alínea *a* do art. 3º a possibilidade de utilização do Código de Processo Penal comum em casos omissos, desde que não prejudique a índole do processo penal militar. Portanto, conclui-se não haver óbice quanto à utilização do diploma processual comum, caso alterado nos termos do PLS n. 554/2011, no que tange ao procedimento a ser adotado na audiência de custódia.

A regulamentação da audiência de custódia por meio de ato administrativo, tal como se verificou na Justiça comum, mostra-se um meio

mais célere de efetivação do direito de apresentação do preso, uma vez que o processo legislativo é demasiado lento.

Entretanto, considerando a decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.240 do Supremo Tribunal Federal, o ato administrativo regulamentador deverá ser realizado, no âmbito da Justiça Militar da União, pelo Superior Tribunal Militar por meio de provimento ou resolução, conforme o art. 6º, inciso XL, do Regimento Interno do STM.

De qualquer forma, por ocasião da regulamentação da audiência de custódia, deverá ser observada a estrutura organizacional dessa Justiça especializada, pela qual já se percebe a inviabilidade do cumprimento de prazos exíguos para a apresentação do preso à autoridade judicial competente, mormente quando a prisão for efetuada em local distante da sede do juízo competente, enfatizando-se, assim, a utilização da videoconferência, em casos excepcionais, como instrumento facilitador da concretização do direito fundamental.

Por fim, a adoção da menagem como medida cautelar alternativa à prisão provisória apresenta-se como interessante instrumento de ressocialização do preso, visto que trará benefícios para a unidade militar e para a pessoa detida, evitando o prejuízo ao serviço e a ociosidade.

Destarte, a necessidade de implementação da audiência de custódia no âmbito da Justiça Militar da União, a fim de assegurar o direito fundamental do preso de ser apresentado, sem demora, à autoridade judicial competente, demonstra a imprescindibilidade da regulamentação, administrativa e legislativa, ainda mais considerando que a sua não realização em diversos juízos decorre justamente da ausência de normas sobre o procedimento a ser adotado.

Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito processual penal militar: (em tempo de paz)*. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Gisele Souza de et al. *Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Luiz Felipe Carvalho Silva

Os limites fronteiraços entre
o dolo eventual e a culpa consciente
nas “brincadeiras” dentro do quartel
que resultam em crimes

Sumário

1 Introdução

2 Dolo

2.1 Dolo direto

2.1 Dolo eventual

3 Culpa

4 Dolo eventual x culpa consciente

5 Conclusão

1 Introdução

O dolo eventual e a culpa consciente são dois institutos do Direito Penal que apresentam certa dificuldade de distinção, e têm efeitos práticos diferentes. Ambos ocorrem quando o agente, ao realizar uma conduta, prevê o risco de ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado.

Nos dizeres de Nucci (2012, p. 209), “trata-se de distinção teoricamente plausível, embora, na prática, seja muito complexa e difícil. Em ambas as situações o agente tem a previsão do resultado que sua conduta pode causar”.

O Código Penal Militar adotou a teoria da vontade, juntamente com a teoria do assentimento ou consentimento, para determinar a conduta dolosa, sendo dolosa a conduta não só de quem tem a vontade dirigida a produzir um resultado específico mas também aquela em que o agente assente ou assume o risco de produzi-lo (NEVES, 2014, p. 251).

A culpa consciente não tem previsão em nosso ordenamento (BOTTINI, 2016), mas é comumente aceita pelos nossos juristas na aplicação em casos práticos. Nessa espécie de culpa, o agente, apesar de prever o resultado, atua esperando que ele não ocorra; repele, subjetivamente (ou levemente), o resultado criminoso na confiança de que uma determinada situação hipotética não aconteça, quer baseado em suas habilidades específicas, quer pautado por outras circunstâncias fáticas que assim o façam crer. Observa-se, portanto, que a diferença entre os dois institutos encontra-se justamente na aceitação ou não do agente causador na concretização do resultado.

A distinção entre culpa consciente e dolo eventual, por ser de difícil caracterização, tem assento nas pautas acadêmicas, além de muitas vezes causar confusão aos leigos em assuntos jurídicos, e também aos neófitos. Acidentes decorrentes de graves violações das normas de cuidado, com vítimas fatais, resultantes das “brincadeiras” dentro do quartel, *v.g.* tiros fatais, com fuzis ou pistolas, que ceifam a vida de jovens soldados, trazem a discussão sobre a natureza de tais delitos: homicídio doloso ou culposo? Dolo eventual ou culpa consciente? Homicídio qualificado ou simples? Tentativa de homicídio ou lesão corporal culposa?

A resposta a tais questões, como bem nos lembra Pierpaolo Bottini (2016), “exige um retorno à dogmática e aos conceitos desenvolvidos pelas escolas e juristas em busca de definições que orientem o intérprete das normas penais”. Neste sentido, assim nos leciona Pierangeli (2007, p. 47-64):

A dogmática jurídico-penal desenvolve a ciência do direito penal, que vai determinar a criação da jurisprudência, estabelecendo princípios e regras que orientarão as decisões judiciais diante de um fato concreto, ou seja, é dela que se extraem conclusões acerca da existência, ou não, de um crime. Em ocorrendo um fato que se estime delituoso, é na dogmática que se buscará o tipo em que se subsume a conduta do autor.

Assim, o presente estudo tem como finalidade diferenciar o dolo eventual da culpa consciente, distanciando ao máximo a obrigação de se adentrar na mente do autor dos fatos (para saber se assentiu com o resultado, ou não), estabelecendo critérios objetivos para fins de fixação dos limites fáticos-jurídicos de determinada conduta humana e a consequente aplicação da resposta estatal (pena) por parte do Conselho de Justiça nos crimes militares.

Em um primeiro momento, apresentaremos as conceituações de dolo e suas modalidades na esfera legal (dolo direto e eventual). Logo após, ver-se-á a culpa, com ênfase em sua modalidade de culpa consciente. Em seguida, diferenciaremos o dolo eventual da culpa consciente, utilizando exemplos práticos, decisões dos tribunais e a doutrina. E, por fim, estabeleceremos os limites fronteiriços e critérios objetivos que devem nos guiar na aplicação da lei aos casos concretos.

2 Dolo

O dolo é o elemento fundamental do tipo subjetivo o qual tem como principal função investigar o ânimo do sujeito que pratica determinado tipo penal objetivo. Deste modo, tem-se que o dolo “é a vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal. Mais amplamente, é a vontade manifestada pela pessoa humana de realizar a conduta” (CAPEZ, 2005, p. 193).

Sob o prisma da *teoria finalista da ação* está o enfoque acerca do conceito de dolo aqui apresentado. Pode-se notar que o dolo contém dois elementos: um intelectual (que ocorre no momento da decisão da ação, retratando a consciência do que se quer da conduta e do resultado e, também, da relação causal objetiva) e outro volitivo (a vontade que impulsiona a conduta, positiva ou negativa). Portanto, para que a conduta seja considerada dolosa devem-se conter os dois elementos do dolo, o volitivo e o intelectual, pois seria ineficaz provar que o agente quis o resultado, se não tinha consciência dele.

De forma sintética, dolo é “a vontade e consciência dirigidas a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador” (GRECO, 2012, p. 371); abarcando, desse modo, um elemento intelectual (consciência) e um elemento volitivo (realizar/não realizar).

De acordo com o art. 18, inciso I, do Código Penal (CP), o dolo configura-se “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. De igual modo, o art. 33, inc. I, do Código Penal Militar (CPM) trouxe ao crime doloso idêntica definição e tratamento jurídico. Portanto, adotou-se, em ambos os códigos penais, a *teoria da vontade* e a *teoria do assentimento* no que diz respeito ao dolo, pois este se caracterizará tanto se o agente teve vontade de realizar o resultado quanto se, não existindo o querer, aceitou o risco de produzi-lo.

Entendendo a conceituação do dolo e seus elementos, Nucci (2012, p. 237) instrui que é necessária a presença de três características para a concretização de uma conduta típica subjetivamente: abrangência, atualidade e possibilidade de influenciar o resultado.

Assim, o dolo deve ser abrangente; ou seja, deve estar presente em todos os elementos objetivos do tipo penal; não basta, portanto, estar presente apenas no verbo do tipo. Segundo Damásio de Jesus (2009, p. 49),

O dolo deve abranger os dados descritivos da figura típica. Assim, para que se possa dizer que o agente agiu dolosamente, é necessário que seu elemento subjetivo tenha se estendido às elementares e às circunstâncias do delito.

Além de abrangente, o dolo deve também ser atual, estar presente no momento da ação, não sendo apenas subsequente ou anterior. E, por

fim, a vontade do agente deve ser potente; ou seja, ser capaz de produzir o fato típico. Do contrário, estar-se-ia enfrentando um crime impossível (art. 17 do Código Penal e art. 32 do Código Penal Militar).

Existem várias espécies de dolo. Entre essas espécies, serão objeto de estudo neste artigo o dolo direto e o dolo eventual, sendo o último descrito com maior ênfase.

2.1 Dolo direto

O dolo direto é evidente quando o agente quer, efetivamente, cometer a conduta descrita no tipo (1ª parte do inciso I, art.18 do CP, assim como 1ª parte do inciso I, art. 33 do CPM). É a modalidade de crime mais recorrente, sendo considerada de primeiro grau quando o agente tem fins propostos e meios escolhidos (agente A quer matar B por meio do uso de uma arma de fogo). Por outro lado, quando avança para efeitos colaterais que são consequências necessárias para se atingir um fim (terrorista explode avião para atingir A e, para atingir tal desiderato, necessariamente produzirá a morte de tantos outros. Classifica-se a vontade consciente, em relação aos demais passageiros, como dolo direto de segundo grau).

Para compreensão mais didática, Bittencourt (2012, p. 260) apresenta três aspectos do dolo direto: “a) representação do resultado, dos meios necessários e das consequências secundárias; b) o querer o resultado, bem como os meios escolhidos para a sua consecução; c) o anuir na realização das consequências previstas como certas, necessárias ou possíveis, decorrentes do uso dos meios escolhidos para atingir o fim proposto ou da forma de utilização desses meios”.

Os referidos aspectos demonstram que o agente deve conhecer (conceber no seu imaginário) os meios que levarão à consumação do crime, assim como o resultado de sua ação ou omissão, e as consequências deste. Também deve querer o resultado e os meios utilizados para esse fim. Além disso, deve concordar com as consequências obtidas ao utilizar os meios escolhidos para se obter o resultado, visto que responderá pelos resultados dos meios empregados.

Portanto, no *dolo direto* o agente quis e conheceu o resultado prove-niente de sua ação.

2.2 Dolo eventual

No inciso I, art.18 do CP, e inciso I, art. 33 do CPM (parte final em ambos) está prescrito o crime doloso na modalidade eventual. No denominado *dolo eventual*, o agente não deseja o resultado, mas assume o risco de produzi-lo, ou seja, ele prevê a ocorrência, não quer que ocorra, mas não deixa de agir, mostrando-se indiferente à ocorrência do resultado.

Portanto, o *dolo eventual* deve ser visto a partir do aspecto volitivo, ou da atitude do agente em relação ao resultado, com o qual pode não consentir, mas aceita como possível ou até provável, assumindo o risco da produção do resultado.

No dizer de Damásio de Jesus (2016), em parecer emitido sobre o caso do homicídio do índio Pataxó, em Brasília:

Ocorre o dolo eventual, também chamado condicionado, *quando o sujeito assume o risco de produzir o evento, i. e., prevê, admite e aceita o risco de produzi-lo* (Código Penal, art. 18, I, parte final). Nesse sentido: JTJ, 167:312-313. Ele não o quer, pois se assim fosse haveria dolo direto. Antevê o resultado e age. *A vontade não se dirige diretamente ao fim (o agente não quer o evento), mas sim à conduta, prevendo que esta pode produzir aquele (vontade relacionada indiretamente ao evento). Percebe que é possível causá-lo e, não obstante, realiza o comportamento. Entre desistir da conduta e poder causar o resultado, este se lhe mostra indiferente.* Como disse o Ministro VICENTE CERNICCHIARO, “*o agente tem previsão do resultado; todavia, sem o desejar, a ele é indiferente, arrostando*” a sua ocorrência. (Recurso de Habeas Corpus 6.368, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, j. 12.8.97, v. un., DJU 22.9.97, p. 46.559). No mesmo sentido: JTJ, 167:313; TJSP, RT, 454:362 e 513:393; TACrimSP, JTACrimSP, 81:258 e RT, 582:346. [Grifo nosso].

O autor Francisco Muñoz Conde (1988. p. 60), sobre o *dolo eventual*, lembra:

No dolo eventual, o sujeito representa o resultado como de produção provável e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo a sua eventual produção. O sujeito não quer o resultado, mas conta com ele, admite sua produção, assume o risco etc.

Portanto, percebe-se que o agente não quer o resultado, do contrário, apontar-se-ia para o dolo direto. Mas, apesar de não o querer diretamente, prevê o resultado danoso a um bem jurídico penalmente tutelado e o aceita sinceramente como consequência de sua conduta.

Vale lembrar que o simples fato de querer agir quando não se deveria, não é o ponto central da caracterização do *dolo eventual*, pois desse modo haveria a possibilidade de pensar em culpa consciente. Nesse ponto, é essencial que o agente reconheça a possibilidade do resultado danoso e se conforme com este. A afirmação do período anterior está bem elucidada na teoria positiva do conhecimento, criada por Reinhart Frank, citado por Eudes Quintino de Oliveira Junior (2016), que sintetiza o dolo eventual da seguinte forma: “seja assim ou de outra maneira, suceda isto ou aquilo, em qualquer caso, agirei”.

A ex-ministra Ellen Gracie cita, no HC 91.159/MG¹, que,

[...] Para a configuração do dolo eventual, não é necessário o consentimento explícito do agente, nem sua consciência reflexiva em relação às circunstâncias do evento, sendo imprescindível, isso sim, que delas – circunstâncias – se extraia o dolo eventual e não da mente do autor.

Diante do exposto, vê-se que apresentar critérios precisos, para não depender do que se passa na mente do autor, é o grande desafio na configuração do dolo eventual, visto que a variação das penas (v.g. o dolo direto poderia implicar em qualificação de delitos – enquanto a qualificadora em alguns casos não encontra assento na modalidade de dolo eventual²) pode ser considerável, e as regras de aplicação do Direito Penal brasileiro podem ser diferentes a depender de como foi classificado certo crime.

3 Culpa

A culpa revela-se, como parte do elemento (normativo) de um crime (injusto penal), como um comportamento voluntário, mas desatencioso,

1 HC 91.159/MG, noticiado no Informativo n. 518 do STF.

2 Neste sentido, ver HC 95.136/PR, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, no qual se firmou entendimento de que não há compatibilidade entre o dolo eventual e o homicídio qualificado pelo inciso IV do 2º do artigo 121 (surpresa, traição, emboscada ou dissimulação).

que produz resultado ilícito. Resultado que, embora não desejável, é previsível e poderia ter sido evitado.

O *crime culposo* é conceituado no Código Penal (inciso II do art. 18): “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. Por sua vez, a conceituação do crime culposo no Código Penal Militar é mais detalhada e moderna (NEVES, 2014) e encontra-se em seu art. 33, inciso II:

Art. 33: Diz-se o crime: II - culposo, quando o agente, deixando de empregar a *cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial*, a que estava obrigado em face das circunstâncias, *não prevê o resultado* que podia prever ou, prevendo-o, *supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo*. [Grifo nosso].

Assim, o comportamento desatencioso que revela a culpa dar-se-á por meio de uma ação ou omissão *imprudente* (“é a prática de uma conduta arriscada ou perigosa”³), *negligente* (“é a displicência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente, que, podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz”⁴) ou *imperita* (“é a falta de capacidade, despreparo ou insuficiência de conhecimento técnico para o exercício de arte, profissão ou ofício”⁵).

Damáσιο de Jesus (2016), ao analisar a culpa em sentido amplo, apresenta o seguinte conceito e elementos:

Culpa é a abstenção do cuidado objetivo necessário na realização de uma conduta que causa um resultado danoso. São elementos do fato típico culposo:

- 1º) conduta humana voluntária, de fazer ou não fazer;
- 2º) inobservância do cuidado objetivo necessário manifestada na imprudência, negligência ou imperícia (Código Penal, art. 18, II);
- 3º) previsibilidade objetiva (RT, 599:343 e 606:337);
- 4º) ausência de previsão;
- 5º) resultado involuntário;

3 BITENCOURT, 2012, p. 205.

4 Idem.

5 Idem.

- 6º) nexa de causalidade (RT, 601:338); e
7º) tipicidade.

Assim, além da presença de comportamento voluntário e desatençoso que produza um resultado ilícito, Damásio exige a previsibilidade objetiva do resultado danoso. Para tanto, deve existir a possibilidade (cognitiva) de prever o que normalmente pode acontecer, não necessitando prever o extraordinário, o excepcional. No entanto, o agente em suas circunstâncias e condições pessoais não prevê o previsível e causa, involuntariamente, o resultado danoso.

Importante destacar que no crime culposo não é exigível pelo ordenamento jurídico a previsibilidade subjetiva (o agente prevê o resultado danoso, segundo sua capacidade pessoal), mas sim a objetiva (previsão de resultado danoso de um homem médio, comum, frente à conduta do agente); do contrário, poderia haver confusão com o *dolo eventual* ou mesmo com a *culpa consciente*.

Nélson Hungria (1958, p. 188) muito bem explana acerca da previsibilidade, nos delitos culposos:

[...] Existe previsibilidade quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrou, podia, segundo a experiência geral, ter representado, como possíveis, as consequências do seu ato. *Previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum*. Por outras palavras: é previsível o fato, sob o prisma penal, quando a previsão do seu advento, no caso concreto, podia ser exigida do homem normal, do *homo medius*, do tipo comum de sensibilidade ético-social. [Grifo nosso].

Além dos elementos anteriores, a fim de obedecer ao princípio da legalidade, para configuração do crime na modalidade culposa, é necessário que o tipo penal esteja previsto em lei e exista, portanto, nesta modalidade, ou seja, a tipicidade precisa ser verificada também nos crimes culposos, fazendo-se um juízo de subsunção da conduta praticada no mundo real e a descrição típica contida na lei penal.

Faz-se necessário, ainda, citar e descrever sinteticamente as espécies de culpa, a fim de que, em momento posterior deste trabalho, seja feita a diferença de culpa consciente e dolo eventual.

Além das modalidades de culpa positivadas na legislação penal (comum e especial), a doutrina e a jurisprudência pátria construíram as seguintes modalidades de culpa: *culpa inconsciente*, *culpa própria* ou propriamente dita, *culpa imprópria* ou por equiparação, e por fim, a controversa *culpa consciente*⁶.

A *culpa propriamente dita* se realiza quando o agente não quer e não assume o risco de produzir o resultado, mas este acaba se produzindo por negligência, imprudência ou imperícia. Enquanto que na culpa imprópria, o agente, por erro evitável, imagina certa situação de fato que, se presente ao caso em concreto, excluiria a ilicitude do seu comportamento, a chamada discriminante putativa.

Atendo-se detidamente acerca da *culpa consciente*, ressalta-se que, em assento meramente doutrinário ou jurisprudencial, assim estaria caracterizada como a espécie de culpa na qual o agente prevê o resultado (previsão), mas espera que ele não ocorra efetivamente, pois supõe que poderá evitá-lo com suas habilidades; ou seja, vai além da previsibilidade objetiva, pois exige previsão do agente.

Nucci (2012, p. 251) nos relata que esta modalidade de culpa ocorre “quando o agente prevê que sua conduta pode levar a um certo resultado lesivo, embora acredite, firmemente, que tal evento não se realizará, confiando na sua atuação (vontade) para impedir o resultado”.

Para Rogério Greco (2012), a *culpa consciente* é aquela em que o agente, embora prevendo o resultado, não deixa de praticar a conduta, acreditando, sinceramente (ou levemente), que este resultado não venha a ocorrer. O resultado, embora previsto, não é assumido ou aceito pelo agente, que acredita na sua não ocorrência.

É uma espécie grave de culpa, pois, distancia-se demasiadamente da culpa inconsciente, na qual não há previsão do agente, embora o re-

6 Neste ponto, importante consignar doutrina contemporânea no Direito brasileiro, de Selma Pereira de Santana, para quem deveríamos considerar a culpa temerária, como a espécie mais grave de culpa. Na visão da doutrinadora, “a culpa temerária constitui um grau essencialmente aumentado ou expandido de culpa. O conceito implica uma especial intensificação da culpa não só em nível da culpabilidade, mas também em nível do tipo ilícito” (SANTANA, 2005, p. 93).

sultado da conduta do agente fosse previsível por qualquer outra pessoa naquelas circunstâncias⁷.

4 Dolo eventual X culpa consciente

Os institutos que se apresentam mais detidamente neste artigo, precisamente no que se refere às espécies dolo eventual e culpa consciente, se estreitam de tal forma que a linha diferenciadora entre ambos torna-se bastante frágil e limítrofe, gerando, por conseguinte, uma turbulenta discussão jurisprudencial e doutrinária.

Nos dizeres do Professor Pierpaolo Bottini (2016), “aqui surgem os problemas, nesta fronteira imprecisa entre o dolo eventual e a culpa consciente, conceitos de difícil definição diante da complexidade de ‘reproduzir linguisticamente de maneira adequada um fenômeno psicologicamente sutil’”.

Deste modo, observa-se que a diferença pontual entre dolo eventual e culpa consciente está no elemento interno e psicológico do agente: “assumir um risco” e “não se importar” – relacionados ao primeiro caso. No entanto, no caso concreto, esta diferenciação, por não possuir critérios precisos, pauta-se em elementos subjetivos de difícil clarificação e pode tornar-se um obstáculo de difícil transposição para uma sanção penal adequada.

Assim, a delimitação da diferença entre os institutos do dolo eventual e da culpa consciente, principalmente, em casos concretos, é *sine qua non* para evitar que o aplicador da norma seja arbitrário no momento da classificação de um crime.

Existem, doutrinariamente, algumas tentativas de enfrentar essa polêmica clássica. Cezar Roberto Bittencourt (2012, p. 215-216) apresenta duas teorias:

Duas teorias, fundamentalmente, procuram distinguir dolo eventual e culpa consciente: teoria da probabilidade e teoria da vontade

7 Mais uma vez, remetemos o leitor à obra de Selma Santana, acerca da culpa temerária. Por ser um tema de elevada especificidade, optamos por não abordá-lo neste breve excerto. No entanto, para uma visão mais vanguardista acerca do instituto, sugerimos a leitura da obra acima citada.

ou do consentimento. Para a primeira, diante da dificuldade de demonstrar o elemento volitivo, o querer o resultado, admite a existência do dolo eventual quando *o agente representa o resultado como de muito provável execução* e, apesar disso, atua, *admitindo a sua produção*. No entanto, se a produção do resultado for menos provável, isto é, *pouco provável, haverá culpa consciente*. Para a segunda, isto é, para a teoria da vontade, é insuficiente que o agente represente o resultado como de provável ocorrência, sendo necessário que *a probabilidade da produção do resultado seja incapaz de remover a vontade de agir*, ou seja, o valor positivo da ação é mais forte para o agente do que o valor negativo do resultado, que, por isso, assume o risco de produzi-lo. Haveria culpa consciente se, ao contrário, *desistisse da ação, estando convencido da probabilidade do resultado*. No entanto, não estando convencido, calcula mal e age, produzindo o resultado. Como se constata, a teoria da probabilidade desconhece o elemento volitivo, que é fundamental na distinção entre dolo eventual e culpa consciente, e que, por isso mesmo, é *melhor delimitado pela teoria do consentimento*. [Grifo nosso].

Como é possível notar, o dolo eventual ficaria na extremidade mais suave do dolo, enquanto a culpa consciente ocuparia o lado mais denso da culpa. Assim, observa-se que ambos ficam lado a lado, com apenas uma linha limítrofe, porém fina, entre eles: o elemento volitivo. Logo, têm como ponto comum a previsão do resultado e se diferenciam pela aceitação deste.

Fortalecendo esse entendimento, segue doutrina de Mirabete (2008, p. 142):

A culpa consciente avizinha-se do dolo eventual, mas com ela não se confunde. Naquela (na culpa consciente), o agente, embora prevendo o resultado, não o aceita como possível. Nesse (no dolo eventual), o agente prevê o resultado, não se importando que venha ele a ocorrer.

Por sua vez, Juarez Cirino dos Santos (2008), com sua peculiar densidade e vanguardismo, leciona:

A literatura contemporânea trabalha, no setor dos efeitos secundários (colaterais ou paralelos) típicos representados como possíveis, com os seguintes conceitos-pares para *definir dolo eventual e imprudência consciente*: a) o *dolo eventual* se caracteriza, no nível

intelectual, por *levar a sério a possível produção do resultado típico* e, no nível da atitude emocional, por *conformar-se com a eventual produção desse resultado* – às vezes, com variação para as situações respectivas de contar com o resultado típico possível, cuja eventual produção o autor aceita. b) a *imprudência consciente* se caracteriza, no nível intelectual, pela *representação da possível produção do resultado típico* e, no nível da atitude emocional, pela *leviana confiança na ausência ou evitação desse resultado*, por força da habilidade, atenção, cuidado etc. na realização concreta da ação. [Grifo nosso].

Após compreender a delimitação teórica entre os institutos, pergunta-se como é possível aplicá-la nos casos concretos? A necessidade da justa aplicação é muito importante, pois pode causar consequências graves ao agente da conduta reprovada. Por exemplo, no Brasil, segundo o Código Penal Militar (arts. 205 e 206), o agente imputado do delito de *homicídio simples doloso* (ainda que na modalidade *dolo eventual*) está sujeito à pena de seis a vinte anos de reclusão; a imputação do mesmo delito, na *modalidade culposa*, contém a previsão da pena máxima em apenas quatro anos de detenção.

Pode-se citar caso recorrente, na Justiça comum, em que essa distinção é discutida calorosamente: “rachas” automobilísticos; pois é inquestionável que quem realiza um “racha” prevê o resultado lesivo (lesão ou morte de terceiro) como possível. No entanto, aqui, há o problema em determinar se o condutor anuiu para que este resultado sobrevenha (dolo eventual) ou se repele a ideia de advento do resultado, acreditando piamente que sua habilidade evitará a ocorrência desse resultado (culpa consciente). É dizer que, quando da superveniência de resultado concreto (morte ou lesão corporal) no delito de participação em competição automotiva não autorizada (racha), faz-se necessária uma análise do elemento subjetivo incidente, pois inúmeras consequências jurídicas (diferença de pena; cumprimento de regime inicial de pena; rito processual – júri popular) derivam da interpretação adotada, seja ela pró-dolo eventual ou pró-culpa consciente.

No âmbito da jurisprudência (ou da casuística), o STF já firmou o entendimento de que o “racha” enquadrar-se-ia em dolo eventual, uma vez que seja inadmissível, pela dinâmica dos fatos, a exposição de riscos

que superam o tráfego comum, sem que o autor admita a possibilidade de ocasionar acidentes, tendo em vista se tratar de uma “anomalia extrema que escapa dos limites da atividade regulamentada”, *verbis*:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. “RACHA” AUTOMOBILÍSTICO. HOMICÍDIO DOLOSO. DOLO EVENTUAL. NOVA VALORAÇÃO DE ELEMENTOS FÁTICO-JURÍDICOS, E NÃO REAPRECIÇÃO DE MATERIAL PROBATÓRIO. DENEGACÃO. 1. A questão de direito, objeto de controvérsia neste *writ*, consiste na eventual análise de material fático-probatório pelo Superior Tribunal de Justiça, o que eventualmente repercutirá na configuração do dolo eventual ou da culpa consciente relacionada à conduta do paciente no evento fatal relacionado à infração de trânsito que gerou a morte dos cinco ocupantes do veículo atingido. 2. O Superior Tribunal de Justiça, ao dar provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, atribuiu nova valoração dos elementos fático-jurídicos existentes nos autos, *qualificando-os como homicídio doloso, razão pela qual não procedeu ao revolvimento de material probatório para divergir da conclusão alcançada pelo Tribunal de Justiça*. 3. O dolo eventual compreende a hipótese em que o sujeito não quer diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável (assume o risco da produção do resultado, na redação do art. 18, I, *in fine*, do CP). 4. Das várias teorias que buscam justificar o dolo eventual, sobressai a teoria do consentimento (ou da assunção), consoante a qual o dolo exige que o agente consinta em causar o resultado, além de considerá-lo como possível. 5. A questão central diz respeito à distinção entre dolo eventual e culpa consciente que, como se sabe, apresentam aspecto comum: a previsão do resultado ilícito. No caso concreto, a narração contida na denúncia dá conta de que o paciente e o co-réu conduziam seus respectivos veículos, realizando aquilo que coloquialmente se denominou “pega” ou “racha”, em alta velocidade, em plena rodovia, atingindo um terceiro veículo (onde estavam as vítimas). 6. *Para configuração do dolo eventual não é necessário o consentimento explícito do agente, nem sua consciência reflexiva em relação às circunstâncias do evento. Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente*. 7. *O dolo eventual não poderia ser descartado ou julgado inadmissível na fase do iudicium accusationis*. Não houve julgamento contrário à orientação contida na Súmula 07, do STJ, eis que apenas se procedeu à reavaliação dos elementos admitidos

pelo acórdão da Corte local, tratando-se de *quaestio juris*, e não de *quaestio facti*. 8. *Habeas corpus* denegado. (STF - HC: 91159 MG, relator: ELLEN GRACIE, data de julgamento: 2.9.2008, Segunda Turma, Data de Publicação: *DJe*-202, DIVULG 23.10.2008, PUBLIC 24 out. 2008). [Grifo nosso].

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça assim, também entende:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIOS. “RACHA”. PRONÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PRETENDIDA.

I – É de ser reconhecido o prequestionamento quando a questão, objeto da irresignação rara, foi debatida no acórdão recorrido.

II – Se plausível, portanto, a ocorrência do dolo eventual, o evento lesivo – no caso, duas mortes – deve ser submetido ao Tribunal do Júri. Inocorrência de negativa de vigência aos arts. 308 do CTB e 2º parágrafo único do C. Penal.

III – Não se pode generalizar a exclusão do dolo eventual em delitos praticados no trânsito. Na hipótese de “racha”, em se tratando de pronúncia, a desclassificação da modalidade dolosa de homicídio para a culposa deve ser calcada em prova por demais sólida. No *judicium accusationis*, inclusive, a eventual dúvida não favorece os acusados, incidindo, aí, a regra exposta na velha parêmia *in dubio pro societate*.

IV – O dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor, mas, isto sim, das circunstâncias. Nele, não se exige que resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas isto sim, que a aceitação se mostre no plano do possível, provável.

V – O tráfego é atividade própria de risco permitido. O “racha”, no entanto, é – em princípio – anomalia extrema que escapa dos limites próprios da atividade regulamentada. Recurso não conhecido. (STJ - REsp: 249604 SP 2000/0019028-4, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 24.9.2002, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: *DJ* 21 out. 2002, p. 381, vol. 24 p. 375).

Apesar do posicionamento dos tribunais ter se cristalizado pró-dolo eventual, existem alguns doutrinadores e até mesmo decisões isoladas que se posicionam pró-culpa consciente em casos de “racha” com resultado lesão corporal ou morte. Como exemplo, pode-se citar Bastos Jr. (2003. p. 58):

Quando a atitude psíquica do agente não se revelar inequívoca, ou se há inafastável dúvida se houve, ou não, aceitação do risco do resultado, a solução deve ser baseada no princípio *in dubio pro reo*, vale dizer, pelo reconhecimento da culpa consciente. [...] Nos delitos de trânsito, há um decisivo elemento de referência para o deslinde da dúvida entre dolo eventual e culpa consciente: o risco para o próprio agente. Com efeito, é difícil aceitar que um condutor de veículo, na plenitude de sua sanidade mental, seja indiferente à perda de sua própria vida – e, eventualmente, de pessoas que lhe são caras – em desastre que prevê como possível consequência de manobra arriscada que leva a efeito [...].

De todo modo, resta claro que alternativa não há, senão efetivamente distanciar-se de uma análise apriorística, resultante na aplicação de uma mera fórmula matemática aos controversos institutos em testilha. A análise fática demonstrará que existem subsídios objetivos suficientes para a aplicação de um ou outro instituto. Aqui, ressalta-se o presente posicionamento, a dinâmica dos fatos é o que dita o caminho a ser seguido.

Neste ponto, imperioso destacar, os chamados “indicadores objetivos” do dolo eventual, apresentados por Damásio de Jesus (2009, p. 288):

1º) risco de perigo para o bem jurídico implícito na conduta (ex: a vida); 2º) poder de evitação de eventual resultado pela abstenção da ação; 3º) meios de execução empregados; e 4º) desconsideração, falta de respeito ou indiferença para com o bem jurídico.

De igual forma se posiciona Cleber Masson (2010, p. 252), afirmando que

[...] o dolo eventual, assim como o dolo direto, não tem a sua comprovação limitada ao psiquismo interno do agente. Extrai-se, ao contrário, das circunstâncias do caso concreto, tais como os meios empregados, a apreciação da situação precedente, o comportamento do agente posteriormente ao crime e sua personalidade, entre tantos outros que somente a vida real pode esgotar.

Portanto, em se tratando de crimes militares, salientamos, mais uma vez, que, para que o Conselho de Justiça verifique a incidência de dolo eventual, necessário faz que se socorra das circunstâncias fático-probatórias, ignorando a possibilidade de adentrar o consciente do agente e extrair-lhe pensamentos capazes de sanar a eterna dúvida entre o dolo eventual e a culpa consciente.

Esta também é a atual posição do Superior Tribunal Militar que, ao analisar as chamadas que acendem a discussão dos institutos ora embatidos, costuma percorrer as trilhas da dinâmica dos fatos, para fins de aplicação de uma interpretação fática e jurídica e a correta e justa resposta estatal, vejamos:

EMENTA: APELAÇÕES. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. VIOLÊNCIA CONTRA INFERIOR. TIPICIDADE. PRINCÍPIO DA DISCIPLINA MILITAR. VIOLAÇÃO. LESÃO CORPORAL. COAUTORIA. DOLO EVENTUAL. COMPROVAÇÃO. RELEVÂNCIA DA OMISSÃO. CULPA CONSCIENTE. IMPRUDÊNCIA.

Réu absolvido apela quanto às preliminares rejeitadas. Se colaciona argumentos, sem congruência entre si e sem permitir que se conheça a razão da modificação pretendida, a consequência é o não conhecimento, por ausência de pressuposto de admissibilidade e de sucumbência. Sendo hierarquicamente superior, o 2º apelante/apelado, na situação de garantidor, tinha obrigação de cuidado e proteção para com os subordinados, devendo reprimir a perigosa brincadeira com álcool e fogo. No entanto, não o fez. Ao jogar substância inflamável na vítima, em um ambiente que poderia propiciar a combustão, o réu, além de malferir os princípios da disciplina e da dignidade humana, praticando um ato de violência, criou o risco de produzir um resultado lesivo e consentiu para esse resultado, por omitir-se diante da atitude do corréu. Portanto, configurada está a presença do dolo, na modalidade eventual. O outro apelado agiu com imprudência, sendo irrefutável a presença de fato típico, ilícito, culpável e punível, a ensejar a condenação por lesão corporal culposa. A ofensa produzida, embora não voluntária por parte deste agente, afigura-se como antijurídica e a gravidade do resultado autoriza a reprimenda penal, até porque a lesão corporal grave, por si só, resulta em alto grau de reprovabilidade. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DE UM DOS APELOS ACOLHIDA. DECISÃO UNÂNIME. RECURSO DA DEFESA NÃO PROVIDO. DECISÃO MAJORITÁRIA. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO PARCIALMENTE. DECISÃO MAJORITÁRIA. (STM - APELAÇÃO (FO): AP(FO) 30920067080008 PA 0000003-09.2006.7.08.0008. Relator: Fernando Sérgio Galvão, julgamento 22.5.2012, publicação 27 set. 2012, Vol. Veículo: *DJe*.)

HOMICÍDIO CULPOSO. DISPARO INVOLUNTÁRIO DE FUZIL. DIVERGÊNCIA QUANTO AO ASPECTO SUBJETIVO DO DELITO. INOCORRÊNCIA DO DOLO EVENTUAL.

Se não houve a intenção do agente de provocar o resultado letal, e se diante desse não demonstrou indiferença, ao contrário, entrou em evidente estado de choque, torna-se inafastável a incidência da culpa consciente. Não se pode olvidar o grau da imperícia empregada pelo agente, pois não se trata de um simples acidente com arma de fogo, comumente julgado nesta Corte, mas de um caso de irresponsabilidade no grau máximo, pois é de conhecimento geral o inafastável risco de acidente no manuseio de arma de fogo, mesmo para os mais experientes, o que impunha ao agente o dever de se abster de utilizá-la de forma imprudente, brincando com o companheiro, vindo a causar o funesto acidente. Provido parcialmente o apelo defensivo para desclassificar a conduta para o homicídio culposo, agravado pela imperícia, fundamentado no parágrafo único do art. 206 do CPM. Decisão por maioria. (STM - APELAÇÃO (FO): Apelo 51150 SP 2008.01.051150-4. Relator: José Coelho Ferreira, julgamento 24.3.2009, publicação 7 jul. 2009, vol. veículo: *Dfe*).

Neste ponto, apresenta-se a lume um caso que representa bem a dificuldade de enquadramento dos princípios ora expostos. O crime foi julgado pelo Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, no primeiro trimestre do ano de 2016, e demonstra que a dinâmica dos fatos é essencial para fins de uma sanção adequada.

Trata-se de um trágico homicídio ocorrido no interior do 3º Grupo de Artilharia de Campanha Autopropulsado, organização militar sediada em Santa Maria-RS, fruto de uma malsinada brincadeira com fuzil, envolvendo dois jovens Soldados do Exército Brasileiro⁸.

No presente caso, assim foi testilhada a denúncia⁹:

Imputação Penal

Consta no incluso Auto de Prisão em Flagrante nº 0000124-82.2014.7.03.0303, que, no dia 6 de novembro de 2014, por volta das 10h30min, no interior do alojamento das sentinelas do Corpo da Guarda do 3º Grupo de Artilharia de Campanha Autopropulsado, Regimento Mallet, organização militar sediada em Santa Maria-RS, o Soldado R. S., consciente e com vontade de matar, movido

8 Ação Penal n. 0000124-82.2014.7.03.0303, 3ª Auditoria da 3ª CJM (Omitiu-se o nome dos envolvidos no caso).

9 Idem.

por motivo fútil, com recurso que dificultou a defesa da vítima e prevalecendo-se da situação de estar de serviço, que lhe permitiu o acesso a um fuzil calibre 7.62mm, efetuou um disparo contra o ofendido Soldado L. R, que o atingiu na cabeça, provocando os ferimentos descritos no Laudo Pericial nº 159464/2014 (traumatismo crânio encefálico causado por projétil de arma de fogo que penetrou na região malar esquerda (tiro à queima-roupa) e exteriorizou-se posteriormente, apresentando um sentido de diante para trás, e levemente da esquerda para direita e de baixo para cima), sendo a causa efetiva e determinante da sua morte.

Dinâmica dos Fatos

Segundo o apurado nos autos, o Sd. R. S. estava de serviço na Guarda no dia 6 de novembro, sendo que, logo após assumir o serviço, sentado no banco do Corpo da Guarda, momentos antes dos fatos, disse ao Cabo S.: *“Que dia bom para dar alteração!”*.

Exsurge dos autos que, no dia 6 de novembro, por volta das 10h30min, o ora denunciado estava no seu quarto de hora compondo a força de reação do aquartelamento, razão pela qual deveria estar sentado no banco do corpo da guarda, com o armamento alimentado, ou seja, com o carregador municiado alojado no fuzil, e com o registro de tiro e segurança na posição “S”, significando TRAVADO, o que impede qualquer disparo acidental.

Todavia, mesmo compondo a força de reação, o denunciado dirigiu-se ao alojamento das sentinelas para buscar um cigarro com o Soldado L. R, o qual se encontrava no alojamento, pois estava saindo de serviço.

Ao chegar no alojamento, o Sd R. S. encontrou o ofendido sentado na sua cama, arrumando sua mochila, momento em que o denunciado pediu-lhe um cigarro. O Sd L. R. negou, alegando que não tinha, ao que o Sd. R. S. lhe indagou: *“Vai ratiar? Não vai me dar um cigarro?”*.

O Sd L. R mais uma vez afirmou que não tinha cigarro, sendo que, diante da segunda negativa da vítima, caracterizando um motivo fútil, o Sd R. S retirou o carregador do fuzil, deu um golpe de segurança no armamento e o apontou em direção ao Sd L. R.

Ao perceber o comportamento do denunciado, o Sd L. R pediu ao mesmo que parasse de apontar o fuzil em sua direção, momento em o Sd R. S alimentou a arma, colocando o carregador no fuzil – sendo que o próprio denunciado havia municiado o carregador com vinte cartuchos ao entrar de serviço momentos antes – dando

mais um golpe de segurança, o qual não foi forte o suficiente para carregar o armamento.

Por esta razão, o Sd R. S deu outro golpe de segurança no fuzil, que estava em seu poder em virtude de estar de serviço, conseguindo carregá-lo, ou seja, levando um projétil à câmara, apontando novamente o fuzil em direção ao Sd L. R, que, sentado na cama, jamais imaginando que o denunciado realizaria o disparo, não pôde reagir, momento em que o denunciado, intencionalmente, apertou o gatilho, efetuando o disparo, acertando a vítima na cabeça, resultando em traumatismo crânio encefálico, que ocasionou a imediata morte do ofendido.

Em sede de alegações escritas, por falta de provas, o Ministério Público Militar demandou a desclassificação do delito, de homicídio triplamente qualificado para homicídio simples, por entender que não se configurou o dolo direto, mas sim o dolo eventual. E, deste modo, por compreender que as qualificadoras imputadas não condiziam com a figura do dolo eventual.

No entanto, sustentou a figura do dolo eventual, em contraponto à culpa consciente, por entender estar latente no caso, pela exaltada dinâmica dos fatos, absoluta indiferença do réu quanto ao resultado morte.

Assim se manifestou o Ministério Público Militar, por ocasião das alegações escritas¹⁰:

Apesar de o Sd L. R ter feito apelos para que o acusado baixasse sua arma, este não o fez e, retirando o carregador, deu um golpe de segurança na arma (ato de trazer a alça de manejo até a retaguarda e soltá-la), sempre apontando para o ofendido. Neste momento, mais de uma testemunha fez comentários reprovando a atitude do acusado (fls. 189-190), mas, ainda assim, o Sd R. S prosseguiu, alimentando novamente a arma (introduziu o carregador no fuzil). Foi então que o réu deu um golpe de segurança, que não foi forte o suficiente para carregar a arma (introduzir o cartucho na câmara de combustão, deixando o armamento pronto para o disparo). Não satisfeito, deu um segundo golpe de segurança, que, desta feita, efetivamente carregou o fuzil. Sem maiores delongas, o Sd R. S apertou o gatilho, efetuando o disparo que acertou o Sd L. R e matou-o. A dinâmica dos fatos vem descrita no laudo pericial

10 Ação Penal n. 0000124-82.2014.7.03.0303, 3ª Auditoria da 3ª CJM. (Omitiu-se o nome dos envolvidos no caso).

das fls. 300-347, sendo de se ressaltar os itens 6 (fls. 310-324), 7 (fl. 325) e 13 (fls. 341-345).

[...]

A alegação de que se esqueceu de que o fuzil estava alimentado não justifica sua conduta, simplesmente porque não é razoável que um militar treinado venha a esquecer esse “*detalhe*”. O Sd R. S sabia que sua arma estava carregada, e esse fato é suficiente para demonstrar que sua conduta foi desinteressada (fls. 148-151);

[...]

E, o que é mais importante e grave – além de não se justificar a afirmativa de que esqueceu que o fuzil estava carregado, pois não havia motivos para tanto –, teve o réu diversas ocasiões de conferir o estado da arma, e não o fez porque não quis, porque não se importava o suficiente com o que viesse a ocorrer. Assumiu o risco de que a arma disparasse, acertando quem quer que fosse. Assumiu, portanto, o resultado morte, postura que demonstra claramente que agiu com dolo eventual. Senão vejamos.

Primeiramente, lembre-se que o réu inseriu um a um os quarenta cartuchos, divididos em dois carregadores no início da manhã. É tarefa, convenhamos, não automática, que demanda alguns minutos, e que era, ao mesmo tempo, a mais rotineira das tarefas. Não havia nenhum motivo para o acusado supor que seus carregadores não estivessem municiados – porque nenhum carregador fica desmuniado durante os serviços.

Na sequência, o Sd R. S retirou o carregador de seu fuzil para dar o primeiro golpe de segurança, ocasião em que pode sentir seu peso (e dar-se conta de que estava municiado, caso houvesse realmente esquecido) e mesmo notar visualmente a presença dos cartuchos (artefatos dourados difíceis de serem ignorados na parte aberta do carregador, *vide* a imagem que consta na primeira linha, segunda coluna, da fl. 318, integrante da perícia de local do crime).

Não suficiente, o acusado poderia ter percebido o estado de sua arma ao dar os golpes de segurança, pois este produz ruídos diferentes quando efetivamente carregam a arma.

O Sd R. S, entretanto, ignorou todas essas oportunidades, agindo com total indiferença, pouco se importando se o fuzil viria a disparar ou não. Estava ele portando uma arma de fogo, atividade perigosíssima por natureza, que deveria requerer todas as cautelas possíveis, mas, incrementado risco permitido de forma extraordinária, o acusado ignorou todas as regras minimamente

exigíveis, assumindo o risco da morte que efetivamente acabou acontecendo.

E não se diga que seriam procedimentos preciosistas, não exigíveis no dia a dia dos militares, porque todos eles são facilmente verificados na prática.

A diferença entre o peso de um carregador municiado e um vazio é gritante e poderia ser acusada por pessoa leiga, sendo inescusável num soldado treinado, assim como a percepção visual dos cartuchos no carregador. Na ocasião, porém, tão desinteressado estava o Sd R. S no seu agir que não se dignou a dar atenção ao peso do carregador ou, ao menos – o absoluto mínimo exigido – lançar um olhar ao objeto, que lhe teria permitido enxergar os cartuchos (fls. 148-151);

[...]

Não há palavra para descrever o absurdo descaso do acusado com o que viesse a ocorrer, pois ignorou todas as oportunidades de verificar a segurança de sua brincadeira. Assumiu completamente o risco de que o fuzil viesse a disparar e, apontando-o para o colega Sd L. R – *ou para qualquer outro, pois era também indiferente a quem pudesse acertar* – assumiu igualmente o risco de matá-lo, pois nenhuma outra consequência poderia advir de um tiro de fuzil na cabeça de um indivíduo.

[...]

É sabido que o dolo eventual não é extraído da mente do autor mas, isto sim, das circunstâncias. Nele, não se exige que o resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas que a aceitação se mostre no plano do possível, provável. E não se olvide que o acusado deu não um, mas três golpes de segurança – com e sem carregador – tudo a demonstrar seu desprezo pelo fato de o fuzil estar ou não carregado com munição letal. O resultado fatal foi antevisto e aceito.

A Defesa fez seu papel e pugnou pela aplicação da culpa consciente, sustentando que o réu não assumiu o resultado morte em momento algum, apesar da previsibilidade do aludido evento. Que se importava com a vida do colega de farda e que por isso não poderia ter assumido o presente risco. Que ambos eram amigos (o que de fato se constatou ao longo do processo), e que tais brincadeiras eram comuns no seio da organização militar.

Porém, analisando a dinâmica dos fatos acima descrita, pontua-se que, primeiramente, o elemento comum entre o dolo eventual e a culpa consciente não é a assunção do risco. É incorreto concluirmos que em ambos os institutos o agente assente com o risco da produção do resultado, porém, no caso do dolo eventual, com ele não se importa, ao passo que, na culpa consciente, acredita que o resultado não ocorrerá.

Conforme já exaustivamente exposto, o elemento comum ao dolo eventual e à culpa consciente é a previsibilidade subjetiva, ou seja o sujeito representa mentalmente o resultado – julga sua ocorrência possível. A partir dessa previsão, o agente pode continuar a conduta assumindo o risco de produção do resultado (caso de dolo eventual) ou pode continuar a conduta tendo a firme crença de que o resultado não ocorrerá (culpa consciente). Na culpa consciente, o agente de modo algum assume o risco do resultado, que ocorre apenas porque o sujeito deixa de empregar certas cautelas exigíveis. Há uma ação negligente, imprudente ou decorrente de imperícia em virtude da qual o agente dá causa a um resultado previsto, confiando poder evitá-lo ou que este não acontecerá. Neste sentido, leciona Francisco Assis de Toledo (1982, p. 290):

[...] o agente, na culpa consciente, não quer o resultado, mas, por erro ou excesso de confiança (imprudência), por não empregar a diligência necessária (negligência) ou por não estar suficientemente preparado para um empreendimento cheio de riscos (imperícia), fracassa e vem a ocasioná-lo [...].

Com fins ilustrativos exalta-se o exemplo clássico do atirador de facas – o artista de circo que se utiliza de facas para acertar um alvo localizado acima da cabeça de uma pessoa. O atirador de facas, nesse caso, embora prevendo o resultado (possibilidade de acertar a pessoa, matando-a ou lesionando-a), acredita sinceramente na sua não ocorrência, em vista de todos os anos de rotineiro treinamento, e dá exitosa continuidade nessa conduta. Se, por qualquer razão, o resultado ocorre, o agente responderá a título de culpa consciente.

Diferente é o caso de uma pessoa qualquer da plateia que venha a se aventurar a fazer o mesmo número, sem a necessária preparação ou habilidade para tanto. Nesse caso, o agente assume completamente a ocorrência do resultado, respondendo, portanto, a título de dolo even-

tual, já que a dinâmica dos fatos não nos leva a crer ser possível que o atirador aventureiro efetivamente acreditava que não seria capaz de produzir um resultado desastroso, por mais que se importasse com a vida de quem quer que seja.

Deste modo, não podemos ser contundentes e afirmar que, nessa última situação, o agente acreditava firmemente que o resultado não ocorreria, porque não há motivos que embasem tal crença. Inicialmente, porque é impossível adentrar na mente do autor para verificar o que se passava em sua consciência e descobrir o móvel de sua conduta – tal motivação se extrai das circunstâncias de cada caso. No exemplo da pessoa da plateia, por mais que o agente realmente acreditasse que o resultado não iria ocorrer, fica claro que não há motivo para que assim pensasse, tendo-se como base o homem médio. Sem treino e preparação, se o agente não assumiu o resultado como provável, deveria tê-lo feito e a esse título deverá ser responsabilizado.

Assim, parece-nos claro que, por mais que a Defesa tenha repisado que o réu acreditava sinceramente que não mataria o colega ao disparar o fuzil contra ele, o fato é que não há *motivos* para que assim pensasse, por todos os aspectos da dinâmica dos fatos trazidos à luz pelo Ministério Público Militar. Afinal, não há perícia ou habilidade suficiente que impeça um fuzil de disparar ou de acertar e lesionar gravemente ou matar uma pessoa. Nessa senda, não era dado ao agente que esperasse resultado diferente do que ocorreu. Se de fato esperava, não deveria fazê-lo, o que implica dizer que deveria responder a título de dolo eventual.

Em nosso sentir, caminhou bem a sentença exarada pelo Conselho de Justiça Permanente que, neste ponto, afirmou o seguinte¹¹:

Não há como prosperar a tese defensiva quanto à desclassificação do delito justamente pela diferença entre a culpa consciente e o dolo eventual. No caso concreto, o agente assumiu o risco de produzir o resultado com sua conduta.

De ser ressaltado que o fato do réu ser amigo da vítima, bem como ter ficado chocado, mesmo arrependimento, em nada afasta o dolo eventual.

11 Ação Penal n. 0000124-82.2014.7.03.0303, 3ª Auditoria da 3ª CJM.

Como já afirmado, o elemento subjetivo se extrai das circunstâncias que envolveram o evento. Mesmo não tendo intenção, o Sd R. S, ao dar seguidos golpes de segurança em sua arma de serviço, apontando-a na direção do Sd. L. R., assumiu o risco de matar seu colega o que, de fato, ocorreu.

O réu foi condenado por decisão unânime do Conselho Permanente de Justiça para o Exército, à pena total de 12 (doze) anos de reclusão, como incurso no art. 205, *caput*, do Código Penal Militar (homicídio doloso simples), fixando o regime inicial para cumprimento da pena em fechado e reconhecendo ao réu o direito de apelar em liberdade.

5 Conclusão

De todo exposto, concluímos que, seguindo uma trilha objetiva, de elementos que escorrem dos fatos, é possível determinar a diferenciação entre os institutos do *dolo eventual* e da *culpa consciente* e sua aplicação às questões exurgentes.

Como é cediço, fala-se em *dolo eventual* quando o agente, embora não querendo de maneira contundente praticar a infração penal, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco de produzir o resultado que por ele já havia sido previsto e aceito. Conforme Greco (2012, p. 187-190), “Nas palavras de Jeschek, ‘dolo eventual significa que o autor considera seriamente como possível a realização do tipo legal e se conforma com ela’”.

Já a culpa consciente ocorre quando agente prevê o resultado, mas espera sinceramente, que este não ocorrerá, quer pautado em suporte fático coerente, quer pautado em habilidades que lhes são próprias e características. Difere do dolo eventual porque neste o agente prevê o resultado e admite a sua ocorrência. Ambas encontram ponto comum na previsibilidade subjetiva do resultado.

Os dois institutos são muito próximos entre si e encontram difícil elucidação na controvérsia de sua justa aplicação. No sentir de Pierangeli (2007, p. 47-64): “Ainda na doutrina pátria, Magalhães Noronha (1966, p. 78) salientou as sérias dificuldades em diferenciar a culpa consciente do dolo eventual, certo que ‘muitos acham difícil extremá-los’”.

Os tribunais e a doutrina consolidaram a tese de que, por ser impossível, no campo prático, descobrir se o agente aceitou ou não o risco, deve-se retirar do campo de interpretação do juízo de aplicação da norma, a assunção do risco, e efetivar-se uma análise mais detalhada da sequência de desencadeamento dos fatos que resultaram no delito. Se os fatos deram ao aplicador da lei a certeza de que o agente, naquela situação determinada, assumiu o risco da lesão, será imputado a este o *dolo eventual*. Caso contrário, ser-lhe-á aplicada a *culpa consciente*.

Deve-se, todavia, salientar que o aplicador da lei, no caso concreto, deverá analisar se o agente nunca assumiria o risco de cometer o resultado lesivo, levando-se em consideração a dinâmica dos fatos e alguns elementos objetivos de concretização ampla, *v.g.* a impossibilidade de alguém que manuseia um fuzil, apropriadamente, carregado, municiado e alimentado, alegar que acreditava veemente que este não dispararia em nenhuma ocasião, mesmo após o descumprimento de várias normas e segurança. Esta dinâmica de fatos será determinante, para fins de cristalizarmos a aplicação da sanção justa ao caso concreto.

Ademais, igualmente importante salientar que nunca se poderá aplicar ao agente o dolo eventual caso parem dúvidas acerca da aplicação correta dos dois institutos, pois a *culpa consciente* é menos gravosa que o *dolo eventual* e, no caso de dúvidas, a aplicação da lei deve pesar em favor do réu.

Assim, diante do exposto, seguindo estas trilhas interpretativas, acreditamos tornar-se menos dificultosa ao aplicador da lei, no caso concreto, a diferenciação do dolo eventual e da culpa consciente.

Referências

BASTOS JÚNIOR, Edmundo José de. *Código Penal em exemplos práticos*. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

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

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Dolo eventual e culpa consciente em acidente de trânsito*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-09/direito-defesa-dolo-eventual-culpa-consciente-acidente-transito>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. (1940). *Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 fev. 2016.

_____. (1969). *Decreto-Lei 1001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 1º mar. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: Volume 1: parte geral (arts. 1º a 120). 8. ed. ver. e atual. de acordo com as Leis n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10.763/2003, 10.826/2003 e 10.886/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANK, Reinhart. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad* (traduzido por Gustavo Eduardo Aboso y TeaLow). Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2004.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. 14. ed. Niterói: Impetus, 2012.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I, Tít. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio de. *Direito penal*: parte geral. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Parecer emitido por Damásio de Jesus acerca do Caso da Morte do indígena Galdino Jesus dos Santos*. Disponível em: <<https://jus.com.br/pareceres/16253/o-caso-do-indio-pataxo-queimado-em-brasil>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

JUNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. *Acidente de trânsito e dolo eventual*. Disponível em: <<http://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823266/acidente-de-transito-e-dolo-eventual>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 3. ed. v. 1. São Paulo: Método, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 24. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PIERANGELI, José Henrique. Morte no trânsito: dolo eventual ou culpa consciente. *Justitia*, São Paulo, v. 64, n.197, jul./dez., 2007.

SANTANA, Selma Pereira de. *A culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: ICPC, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1982.

Mario André da Silva Porto

A defesa da lei em tese no processo
penal militar e a reforma da
Justiça Militar da União

Sumário:

1 Introdução

2 O federalismo brasileiro e a organização do Poder Judiciário

2.1 Origens da defesa da lei em tese no Brasil

2.2 A defesa da lei em tese nos tribunais superiores

3 A Justiça Militar da União

4 A defesa da lei em tese no processo penal militar

4.1 O *habeas corpus* para a defesa da lei em tese no processo penal militar

4.2 O mandado de segurança como sucedâneo recursal para a defesa da lei em tese no processo penal militar

5 Uma proposta de reforma da Justiça Militar da União

6 Conclusão

1 Introdução

O Poder Judiciário brasileiro divide-se em instâncias ordinárias e excepcionais. Competem às instâncias ordinárias, compostas pelos juízos de primeira instância e pelos tribunais, a apreciação das provas e a aplicação do direito ao caso concreto. Por sua vez, as instâncias excepcionais, por não possuírem uma competência revisional dos julgados das instâncias ordinárias, têm a importantíssima função de uniformizar e defender a aplicação das normas em tese.

Entre nós, a defesa da lei e da Constituição em tese coube, desde o Império, ao Supremo Tribunal Federal. Com a proclamação da República e o aumento dos feitos apreciados pela Suprema Corte, que também passou a exercer a competência de segunda instância da Justiça Federal, percebeu-se a necessidade de restringir o acesso dos recursos ao STF e cindir sua competência recursal.

Uma dessas iniciativas foi a criação do Tribunal Federal de Recursos, que passou a exercer as competências típicas de segunda instância da Justiça Federal. Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal continuava assoberbado com inúmeros feitos. Nesse momento, começou-se a limitar o cabimento do recurso extraordinário, com a edição de súmulas e a criação da arguição de relevância.

Já na década de 1970, percebeu-se que uma nova cisão da competência do Supremo Tribunal Federal era imperiosa, cogitando-se a transferência da competência para a defesa da lei em tese para o Tribunal Federal de Recursos.

Com a Constituição de 1988, houve uma profunda remodelação do Poder Judiciário brasileiro. Foi criado o Superior Tribunal de Justiça, com a extinção do Tribunal Federal de Recursos e o aproveitamento de seus magistrados, cindindo as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário com o novel recurso especial, cabível para a defesa da legislação federal e para a uniformização de sua interpretação em tese. Coube ao novo tribunal superior o *status* de se encontrar no ápice da Justiça comum brasileira, conhecendo e julgando os recursos especiais interpostos contra os julgados da Justiça Federal, das justiças estaduais e do Distrito Federal e Territórios.

Semelhante competência mantiveram o Tribunal Superior Eleitoral e o Tribunal Superior do Trabalho, que, no âmbito dessas justiças especializadas, tornaram-se o tribunal superior competente para uniformização e defesa da lei federal em tese.

Nessa nova arquitetura constitucional, o Superior Tribunal Militar permaneceu com sua tradicional competência, de mero revisor das decisões da primeira instância da Justiça Militar da União, ficando esta Justiça especializada órfã de um órgão com competência para a uniformização e a defesa da lei em tese.

Esse é o problema enfrentado na Justiça Militar da União. No caso de um julgado com ofensa a lei federal, não seria admitida a interposição de recurso extraordinário, modalidade recursal vocacionada para a defesa da Constituição, tampouco seria possível a interposição de recurso especial.

Essa falha do sistema recursal merece ser denunciada e refletida, com a finalidade de provocar uma urgente reforma no processo penal militar e na Justiça Militar da União, com a criação de tribunais de segunda instância em tempo de paz, compostos de magistrados civis e militares, e a extinção dos ministros militares no Superior Tribunal Militar, passando este a ser um tribunal composto, exclusivamente, de magistrados togados, oriundos da carreira da magistratura militar, do Ministério Público Militar e da advocacia, tornando-se um verdadeiro tribunal superior, com competência para a interpretação e defesa da lei em tese, assim como os demais tribunais superiores, julgando, inclusive, todas as demandas de Direito Militar oriundas dos tribunais de justiça estaduais que versem sobre Direito Militar.

Enquanto essa necessária reforma não ocorrer, como devem proceder as partes do processo penal militar diante de uma flagrante afronta à lei federal? Deveriam manejar o recurso extraordinário e/ou o recurso especial?

O tema não é enfrentado na doutrina de Direito Processual Penal Militar, tampouco foi objeto de análise pelo Superior Tribunal Militar e pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, faz-se necessária uma breve abordagem da organização judiciária brasileira, em especial da Justiça Militar da União, das origens da defesa da lei federal em tese, buscando subsídios na doutrina que trata do recurso extraordinário.

Serão apresentadas possíveis soluções para o vácuo recursal e, ao final, uma proposta de reforma da Justiça Militar da União.

2 O federalismo brasileiro e a organização do Poder Judiciário

A Federação brasileira surgiu com a Constituição de 1891.

Diferentemente do caso americano, onde vários estados soberanos uniram-se conferindo à União parcela de seu poder, o Brasil, originariamente um Estado unitário, criou os estados membros e os municípios, transferindo parcela de seu poder aos entes federativos recém-criados.

Nessa nova organização política, embora a União mantivesse a maior parte da competência legislativa para produção do Direito escrito vigente, os novos entes federativos não só passaram a produzir sua legislação como foram criados órgãos do Poder Judiciário nos estados.

Assim o Brasil passou a conviver com três fontes do Direito escrito (federal, estadual e local), com duas justiças responsáveis pela aplicação das leis ao fato concreto: as justiças estaduais e a Justiça da União, sendo esta composta pelos seus quatro ramos (militar, eleitoral, trabalho e federal).

Em razão da forma federativa adotada no Brasil e da primazia da União na produção do Direito escrito vigente, sempre existiu a necessidade de um órgão de cúpula no Poder Judiciário que tivesse a competência para definir a correta interpretação da norma vigente, função exercida originariamente pelo Supremo Tribunal Federal.

2.1 Origens da defesa da lei em tese no Brasil

O Brasil imperial, Estado unitário, não conhecia a defesa da Constituição e da lei federal em tese. A Constituição de 1824, em seu art. 164, previa apenas a “revista” para o Supremo Tribunal de Justiça (vetusta denominação do STF)¹.

1 Art. 163. Na Capital do Império, além da relação, que deve existir, assim como nas demais províncias, haverá também um tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, composto de juízes letrados, tirados das relações por suas antigüidades; e serão conde-

Com a Constituição de 1891, o Brasil tornou-se uma Federação, com tribunais federais e estaduais. Embora a maior parte do Direito escrito fosse originária da União, os estados e municípios elaboravam suas legislações, que, eventualmente, colidiam com a Constituição e com o Direito infraconstitucional federal.

Para solucionar esses conflitos, o constituinte republicano, inspirado no *writ of error* de origem norte-americana (SILVA, 1963, p. 27), criou a possibilidade de interposição de um recurso para o Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de corrigir decisões dos tribunais locais que negavam vigência à Constituição ou à lei federal de 1891².

Embora, à época, o Supremo Tribunal Federal estivesse no ápice do Poder Judiciário, mantinha competências típicas de uma corte de apelação, constituindo-se na segunda instância da Justiça Federal³.

Em 1891 foi autuado o Recurso Extraordinário n. 1, sendo que em 1904 já haviam sido autuados 348 recursos extraordinários (PENNA, 1985-1986, p. 11-29).

Não demorou que a Suprema Corte tivesse um excessivo número de feitos sob apreciação, tornando sua prestação jurisdicional extremamente morosa, gerando injustiças e insegurança jurídica.

Uma das primeiras iniciativas de diminuir os processos na Suprema Corte foi a criação do Tribunal Federal de Recursos, com a Constituição de 1946, passando este tribunal a exercer a competência recursal para as demandas em que a União fosse parte ou que houvesse ato de autori-

corados com o título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste tribunal os ministros daqueles, que se houverem de abolir. Art. 164. A este tribunal compete: 1º) Conceder ou denegar revistas nas causas, e pela maneira, que a lei determinar. 2º) Conhecer dos delitos e erros de ofício que cometerem os seus ministros, os das relações, os empregados no corpo diplomático e os presidentes das províncias. 3º) Conhecer e decidir sobre os conflitos de jurisdição e competência das relações provinciais.

- 2 Art. 60 - Aos juizes e Tribunaes Federaes: processar e julgar: § 1º Das sentenças das justicias dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação;
- 3 Art. 59 - Á Justiça Federal compete: Ao Supremo Tribunal Federal: II - julgar em gráo de recurso as questões excedentes da alçada legal resolvidas pelos juizes e tribunaes federais; (Ver Constituição de 1891).

dade federal. Nessa reforma, o Supremo Tribunal Federal deixou de ser uma corte de apelação.

Nesse período, o Supremo Tribunal Federal editou uma série de enunciados de sua súmula, entre os quais destacamos os verbetes 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 356, 399, 454, todos elaborados com a finalidade de negar, ainda nos tribunais de origem, a admissibilidade dos recursos extraordinários interpostos.

O professor Theotônio Negrão, citado por Rodolfo Camargo Mancuso (2010, p. 68), já em 1974, denunciava o inevitável colapso do Supremo Tribunal Federal, que não conseguia exercer, em sua plenitude, as funções de exegeta da Constituição e do direito federal.

Sugestões foram apresentadas para solucionar a crise do STF, como o aumento do número de ministros, a criação de uma terceira turma na Corte Suprema, o uso prévio da ação rescisória como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a arguição de relevância e a separação da matéria constitucional e legal, transferindo esta ao Tribunal Federal de Recursos. Tais sugestões, aparentemente interessantes, foram rechaçadas em estudo do ministro Victor Nunes Leal (1965, p. 15-47), que apontava consequências desastrosas para a Suprema Corte, como a perda de sua identidade e o congestionamento de seu Tribunal Pleno, em decorrência dos embargos de divergência.

Assim, diante da crise do Supremo Tribunal Federal, o constituinte de 1988 cindiu as hipóteses originárias de cabimento do recurso extraordinário, agora limitado à defesa e interpretação da Constituição, transferindo ao Superior Tribunal de Justiça a competência para, por meio do recurso especial, defender e uniformizar a aplicação do direito infraconstitucional federal.

Nessa nova arquitetura constitucional, o Superior Tribunal Militar permaneceu com sua bicentenária competência de corte de apelação, ficando a Justiça Militar da União órfã de um verdadeiro tribunal superior para a uniformização e defesa da lei castrense em tese, competência que exigiria um elevado conhecimento técnico-jurídico de todos os seus integrantes, situação incompatível com a atual composição da Superior Corte Castrense, onde dez de seus quinze ministros são militares de carreira (leigos).

2.2 A defesa da lei em tese nos tribunais superiores

A Constituição da República de 1988, aproveitando a estrutura do Poder Judiciário preexistente, organizou o Poder Judiciário em quatro grandes ramos compostos por três justiças especializadas (militar, eleitoral e do trabalho) e pela Justiça ordinária (federal, estadual e do Distrito Federal e Territórios).

Na cúpula de cada um desses ramos, a Constituição fez expressa previsão de um tribunal superior, que, com exceção do Superior Tribunal Militar, possui uma competência recursal específica para a defesa, em tese, da legislação infraconstitucional dos processos julgados em seu âmbito.

Para melhor compreensão do vácuo recursal existente no processo penal militar, é importante realizar uma breve comparação da Justiça Militar da União com os demais ramos do Poder Judiciário.

Começemos com uma rápida análise da Justiça laboral.

Na primeira instância da Justiça do Trabalho, funcionam os Juízes do Trabalho e, em segunda, os Tribunais Regionais do Trabalho. Na cúpula dessa Justiça especializada, temos o Tribunal Superior do Trabalho.

Entre as diversas competências do Tribunal Superior do Trabalho, destacamos a competência recursal para apreciar o recurso de revista, prevista no art. 896, alínea *a*, da Consolidação das Leis do Trabalho, que possui a finalidade de conferir uniformidade na aplicação e interpretação da lei infraconstitucional aplicada no âmbito desta Justiça especializada.

Semelhante estrutura possui a Justiça Eleitoral, em que, em primeira instância, funcionam os Juízes e as Juntas Eleitorais e, em segunda instância, os Tribunais Regionais Eleitorais. Como órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, temos o Tribunal Superior Eleitoral.

Entre as diversas competências recursais do Tribunal Superior Eleitoral, destaca-se a competência para apreciar o recurso especial, com fundamento no art. 121, § 4º, I e II, da Constituição da República e nos arts. 278 e 279 do Código Eleitoral, com a finalidade de manter a unidade da interpretação e a aplicação da lei pelas instâncias inferiores da Justiça Eleitoral.

A Justiça comum possui duas vertentes: a Justiça Federal e as justiças estaduais e do Distrito Federal e Territórios.

A Justiça Federal é composta pelos Juízes Federais em primeira instância e pelos Tribunais Regionais Federais, criados pela Constituição de 1988, em segunda instância.

Nas justiças estaduais e do Distrito Federal e Territórios, em primeira instância, funcionam os Juízes de Direito. Os Tribunais de Justiça e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios compõem a segunda instância da Justiça comum.

Na cúpula da Justiça comum encontra-se o Superior Tribunal de Justiça, que entre suas várias competências, muitas decorrentes do desmembramento de competências do Supremo Tribunal Federal previstas nas Constituições pretéritas, destaca-se a prevista no art. 105, inciso III, da CF, que trata do recurso especial, surgido da cisão do recurso extraordinário, com a finalidade de unificar interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional, no âmbito da Justiça Federal e da Justiça residual.

Ainda dentro das justiças estaduais e do Distrito Federal e Territórios, temos a existência das, impropriamente denominadas, Justiças Militares dos estados e do Distrito Federal, que em verdade são órgãos da Justiça residual, compostos por Juízes de Direito e pelos Conselhos de Justiça em primeiro grau e pelos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal em segunda instância (exceto nos estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, que possuem Tribunais de Justiça Militar). Ressalte-se que das decisões tomadas por esses tribunais, em última ou única instância, será possível a interposição de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, que exercerá a interpretação e uniformização da lei militar.

É interessante que um órgão de cúpula da Justiça comum exercerá a função de defensor da lei castrense, quando, em verdade, essa competência deveria ser do tribunal superior especializado em Direito Militar.

Observa-se, portanto, que as justiças do Trabalho, Eleitoral e a Justiça comum (federal, estadual e do Distrito Federal e Territórios) são compostas por duas instâncias ordinárias, com a possibilidade de interposição de um recurso excepcional para seu órgão de cúpula, para a defesa da norma infraconstitucional em tese.

3 A Justiça Militar da União

O art. 124, parágrafo único, da Constituição de 1988 remeteu ao legislador ordinário a tarefa de dispor sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar da União. A matéria foi regulada pela Lei n. 8.457/1992, a chamada Lei de Organização da Justiça Militar da União (LOJM).

São órgãos da Justiça Militar da União, de acordo com o art. 1º da LOJM, o Superior Tribunal Militar; a Auditoria de Correição (que não possui funções jurisdicionais); os Conselhos de Justiça; os Juízes-Auditores e os Juízes-Auditores Substitutos.

Diferentemente dos demais ramos do Poder Judiciário, a Justiça Militar da União funciona, desde a primeira instância, em colegiado, também denominado “escabinato”, combinando juízes togados de carreira (para conferir a técnica jurídica aos julgados) e juízes militares (conhecedores das especificidades inerentes à hierarquia e à disciplina militar), todos com voz e voto.

A primeira instância da Justiça Militar da União é composta pelos Juízes-Auditores, pelos Conselhos Especiais de Justiça e pelos Conselhos Permanentes de Justiça.

O juiz-auditor, que funciona como relator de todos os processos em primeira instância, possui competência para, monocraticamente, realizar todos os atos jurisdicionais até o recebimento da denúncia e após a prolação da sentença, bem como decidir sobre a execução penal militar (art. 30 da LOJM).

Com o recebimento da denúncia, até a sentença, a competência para processar e julgar passa para os Conselhos Especiais e Permanentes de Justiça.

Os Conselhos Especiais de Justiça possuem competência para processar e julgar os oficiais das Forças Armadas, exceto oficiais gerais (que possuem foro por prerrogativa de posto no Superior Tribunal Militar), sendo compostos por um juiz-auditor e por quatro juízes militares, todos de posto superior ao do acusado, sendo que o mais antigo entre eles exerce a presidência do Conselho (art. 27, inciso I, da LOJM).

Os Conselhos Permanentes de Justiça, por sua vez, possuem competência para processar e julgar as praças das Forças Armadas e os civis, sendo compostos por um juiz-auditor, um oficial superior, que exerce a presidência do escabinato, e três oficiais intermediários ou inferiores (art. 27, inciso II, da LOJM).

E aqui reside a grande diferença entre a Justiça Militar da União e os demais ramos do Poder Judiciário. Não existe, em tempo de paz⁴, um tribunal intermediário para a revisão das decisões de primeira instância, sendo esta competência conferida ao Superior Tribunal Militar⁵.

É uma situação interessante. O Superior Tribunal Militar, diferentemente dos demais tribunais superiores, possui funções típicas de um tribunal de revisão, quando, em verdade, deveria possuir uma competência recursal excepcional para interpretação e uniformização da lei infraconstitucional em tese dos processos julgados nas instâncias ordinárias da Justiça Militar da União.

Essa atual competência recursal do Superior Tribunal Militar gera um vácuo no processo penal militar, que é a inexistência de um instrumento próprio para a defesa da lei em tese no âmbito do processo militar.

Diante desta grave omissão recursal, como devem proceder as partes prejudicadas por uma decisão do Superior Tribunal Militar que interprete equivocadamente a lei castrense?

4 A defesa da lei em tese no processo penal militar

O recurso especial, originado da cisão do recurso extraordinário, embora vocacionado para a defesa em tese da legislação infraconstitucional, só é cabível no âmbito da Justiça comum, federal, estadual ou distrital. Nesse sentido, é de clareza meridiana o texto constitucional:

4 Em tempo de guerra, junto ao teatro de operações, funcionam os Conselhos Superiores de Justiça Militar, previstos nos arts. 89, inciso I, e 91 da Lei de Organização da Justiça Militar da União (Lei n. 8.457/1992).

5 Art. 6º, inciso II, alínea c, da Lei de Organização da Justiça Militar da União (Lei n. 8.457/1992).

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios [...].

Diante da literalidade do texto constitucional, observa-se que não é possível a interposição de recurso especial com a finalidade de hostilizar um julgado do Superior Tribunal Militar.

E mesmo que o dispositivo constitucional não fosse absolutamente claro, para que se admita um recurso seria necessária uma relação de superioridade hierárquica entre o tribunal competente para conhecer o recurso e o órgão prolator da decisão impugnada, relação que, evidentemente, não existe entre o Superior Tribunal Militar e o Superior Tribunal de Justiça, que se encontram no mesmo nível e na cúpula da Justiça Castrense e da Justiça comum.

Outra hipótese seria a interposição do recurso extraordinário.

Com a Constituição de 1988, o recurso extraordinário somente será admitido para a defesa do texto constitucional ou para a solução de conflitos entre legislações dos diversos entes federativos, na medida em que, nesta hipótese, é necessária a análise da competência legislativa prevista na Carta Política.

No caso da defesa da Constituição, é necessário que o tribunal, superior ou de segunda instância, tenha prolatado uma decisão com ofensa ao Texto Magno ou declarado, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de uma norma ou tratado federal.

A interposição de um recurso extraordinário para a defesa de um texto de lei infraconstitucional, mesmo com grande esforço, importaria em violação reflexa ao texto da Lei Maior, importando na inadmissibilidade do apelo extremo, conforme a remansosa jurisprudência do Excelso Pretório (ARE 908118 AgR/RS, rel. min. Edson Fachin; ARE 640413 AgR/AM, rel. min. Ricardo Lewandowski e ARE 872401 AgR/RS, rel. min. Dias Toffoli).

Diante de uma flagrante ofensa à norma infraconstitucional, entretanto, uma primeira possibilidade seria a interposição de recurso extraordinário por ofensa a algum dispositivo constitucional que tangenciasse a norma infraconstitucional considerada violada.

Para tanto, o recorrente precisa demonstrar que não existe a possibilidade de corrigir a ilegalidade pela ausência de um recurso específico, que essa competência pertencia, originariamente, ao Supremo Tribunal Federal e que a cisão do cabimento do recurso extraordinário deixou o processo penal militar sem um recurso típico para a defesa da lei em tese.

A título de exemplo, imaginemos que um órgão de primeira instância da Justiça Militar da União considere o Ministério Público Militar intimado em sessão, na forma do art. 443 do CPPM, desconsiderando que a intimação pessoal e nos autos constitui garantia processual conferida aos membros do Ministério Público da União, prevista no art. 18, inciso II, alínea *h*, da Lei Complementar n. 75/1993, derogando o art. 443 da vetusta lei de ritos castrense.

Nessa hipótese, não existindo o texto expresso na Constituição que conferisse a intimação pessoal e nos autos aos membros do Ministério Público da União, o recurso extraordinário poderia ser interposto por contrariedade ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, correndo o sério risco de sua inadmissão por importar em violação reflexa ao texto constitucional.

4.1 O *habeas corpus* para a defesa da lei em tese no processo penal militar

A primeira alternativa à interposição do recurso extraordinário, para suprir a lacuna recursal do processo penal militar, seria a ação constitucional do *habeas corpus*, que possui ampla aplicabilidade no processo civil, no processo penal, comum e militar, sendo aplicável, inclusive, quanto aos requisitos de validade das transgressões disciplinares militares (MIRANDA, 1963).

O *habeas corpus*, diferentemente dos recursos em geral, não exige o esgotamento das vias recursais ordinárias, no entanto, possui o inconveniente de ser manejado, tão somente, em benefício do réu.

Essa limitação impediria, por exemplo, seu manejo pelo Ministério Público Militar e pelo assistente de acusação, quando o reconhecimento da afronta à norma infraconstitucional fosse contrário aos interesses do acusado.

4.2 O mandado de segurança como sucedâneo recursal para a defesa da lei em tese no processo penal militar

Além do *habeas corpus*, outra possibilidade seria a impetração do mandado de segurança.

A ação constitucional do mandado de segurança possui objeto mais amplo que *habeas corpus*, razão pela qual o Ministério Público Militar e o assistente de acusação poderiam impetrá-lo, inclusive contra os interesses do réu, diante da inexistência de um recurso próprio previsto em lei.

O mandado de segurança, em sua origem, foi criado com a finalidade de proteger o impetrante contra atos do Poder Executivo, tendo a Constituição de 1934, em seu art. 113, número 33, previsto que “[...] dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e inconteste, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade [...]”.

O conceito de “qualquer autoridade” foi interpretado extensivamente, para abarcar, inclusive, atos jurisdicionais não passíveis de impugnação pelas vias recursais.

A pretérita Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 1.533/1951), em seu art. 5º, inciso II, vedava a impetração da ação constitucional contra ato jurisdicional quando houvesse recurso previsto em lei ou quando a decisão pudesse ser modificada por meio de correição.

A recente Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009), em seu art. 5º, inciso II, *a contrario sensu*, permite a impetração do *mandamus* quando não existir previsão de recurso em lei. Nesse sentido: “Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: [...] II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo [...]”.

Mesmo sob a égide da Lei n. 1.533/1951, a doutrina e a jurisprudência admitiam, até mesmo em matéria criminal, a impetração do mandado de segurança como ação autônoma de impugnação.

Na atualidade, todos os tribunais superiores e os tribunais de segunda instância admitem a impetração do mandado de segurança quando não houver previsão de recurso em lei, como nos casos de decisões que indeferem pedidos de quebras de sigilo telefônico, bancário, fiscal etc.

Um dos inconvenientes da impetração de mandado de segurança contra ato jurisdicional dos tribunais de segunda instância e dos tribunais superiores é a competência originária para conhecer e julgar a ação constitucional pertence ao próprio tribunal prolator da decisão impugnada.

Quando ocorre uma ilegalidade em uma decisão judicial de qualquer tribunal, o ideal seria que o remédio constitucional fosse dirigido ao tribunal superior ao órgão prolator. No caso de uma decisão do Superior Tribunal Militar, a questão deveria ser levada diretamente ao Supremo Tribunal Federal, como ocorre no *habeas corpus*.

No entanto, a competência do Supremo Tribunal Federal, exaustivamente prevista no art. 102 da Constituição da República, não permite a impetração de mandado de segurança originário contra ato de tribunal superior⁶. A jurisprudência da Corte Maior é pacífica no sentido de que não se conhece de mandado de segurança contra ato de tribunal superior, conforme entendimento esposado no MS n. 33412 AgR/RS (2ª Turma, rel. min. Celso de Mello. *DJe* 12 nov. 2015).

No caso de um acórdão do Superior Tribunal Militar com ofensa à norma infraconstitucional, e não for o caso de impetração de *habeas corpus*, não restará alternativa à parte prejudicada senão manejar o mandado de segurança, sendo a própria Corte Castrense competente para apreciar e julgar o *mandamus*, nos termos do art. 6º, inciso I, alínea *d*, da Lei n. 8.457/1992.

O inconveniente desta competência originária é que o próprio Superior Tribunal Militar, onde dois terços de seus membros são originários das Forças Armadas e de origem leiga, deveria realizar um julgamento estritamente técnico-jurídico.

De eventual decisão proferida em mandado de segurança, caso a ordem seja denegada, caberia recurso ordinário constitucional para o Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 102, inciso II, alínea *a*, da Constituição da República, sendo que este recurso não possui o rigorismo formal dos recursos excepcionais, onde o Excelso Pretório poderia analisar todas as questões fáticas e jurídicas.

6 Art. 102, inciso I, alínea *d*, da Constituição da República.

5 Uma proposta de reforma da Justiça Militar da União

Observar as falhas existentes nos recursos previstos no processo penal militar provocou reflexões sobre como deveria ser organizada a Justiça Militar da União e como sua sistemática recursal deveria funcionar.

Para compreender a atual constituição da Justiça Militar e pensar o seu futuro, é indispensável realizar um estudo sobre sua origem no Brasil.

Herdada do velho Direito português, a Justiça Militar brasileira não podia ser caracterizada como integrante do Poder Judiciário. Ao contrário, tratava-se de órgãos administrativos da Marinha e do Exército, organizados em cortes marciais.

Existem referências de julgamentos realizados por cortes marciais, como o ocorrido na Guerra dos Guararapes, durante a ocupação holandesa no Nordeste, ocasião em que o brasileiro Domingos Fernandes Calabar, que ocupava um posto equivalente ao de major, foi julgado por um tribunal de guerra português e condenado à morte por enforcamento e esquartejamento de seu corpo, pelo crime de traição. Acabou morto por garroteamento e esquartejado (PINTO, 1976, p. 170).

Há, ainda, referências da existência de cortes marciais durante a Guerra do Paraguai, como no caso dos soldados condenados a mil e oitocentas pancadas com espada de prancha (o máximo permitido pelos draconianos “Artigos de Guerra” do Conde Lippe era apenas cinquenta), por terem atacado um oficial de país aliado na Tríplice Aliança, já que o general Osório tinha conhecimento de que o imperador D. Pedro II não sancionaria eventual condenação ao arcabuzamento – execução por meio de disparos de arcabuz, uma espécie de espingarda utilizada pelos exércitos da época (CERQUEIRA, 1980, p. 91).

Qualquer reforma da Justiça Militar encontra grande dificuldade de ser implementada. As peculiaridades inerentes à rotina castrense e a necessidade de tipos penais próprios para a defesa do Estado, da hierarquia, da disciplina e da eficiência das Forças Armadas para o combate mereceram desprezo histórico do legislador brasileiro pelo tema.

A Justiça Militar somente veio a ser integrada ao Poder Judiciário com a Constituição de 1934 e, mesmo assim, o escabinato sempre constituiu a maioria dos conselhos, sendo o juiz-auditor e os ministros de origem civil a minoria desses órgãos jurisdicionais.

O escabinato, necessário e indispensável nas instâncias ordinárias onde são apreciados os fatos e o direito aplicável ao caso, não poderia subsistir em uma verdadeira instância excepcional para a defesa da lei militar em tese, onde deve preponderar um julgamento de grande rigor técnico-jurídico.

Como dito anteriormente, o Superior Tribunal Militar, embora um tribunal superior, é uma típica corte de segunda instância, sem qualquer vocação para a defesa da lei penal e processual penal militar em tese.

Para a transformação do Superior Tribunal Militar em uma verdadeira instância excepcional, seria necessário que a Justiça Militar da União possuísse uma estrutura coerente com os demais ramos do Poder Judiciário (Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho e as justiças Federal e estaduais), onde existem duas instâncias ordinárias, compostas pela primeira instância e pelos tribunais de apelação, e a instância excepcional, onde funciona o tribunal superior para a defesa da norma infraconstitucional em tese e uniformização de sua aplicação.

A Justiça Militar da União, assim como os demais ramos do Poder Judiciário, deveria ser composta pelas instâncias ordinárias (Juízes-Auditores e Conselhos de Justiça, funcionando em primeira instância, e, em segunda instância, pelos tribunais de apelação, inexistentes em tempo de paz) e pela instância excepcional, que seria o Superior Tribunal Militar.

A primeira modificação, e talvez a mais importante, seria transformar o Superior Tribunal Militar em um verdadeiro tribunal superior, em simetria com os demais tribunais superiores, vocacionado para a defesa da norma infraconstitucional em tese e uniformização de sua aplicação, no âmbito da Justiça Militar brasileira.

Para que o Superior Tribunal Militar se transformasse na instância excepcional da Justiça Militar, onde predomina o julgamento técnico-jurídico, seria necessário que seus membros possuíssem notório saber

jurídico, assim como os demais tribunais superiores, o que, certamente, exclui o elemento leigo de sua composição.

Semelhante extinção do elemento leigo de um tribunal superior ocorreu no Tribunal Superior do Trabalho, onde os ministros de origem classista foram extintos com a Emenda Constitucional n. 24/1999.

Dessa forma, o Superior Tribunal Militar transformar-se-ia em uma verdadeira instância excepcional e, assim como o Superior Tribunal de Justiça, dotaria seus julgados de grande rigor técnico e científico, podendo, inclusive, processar e julgar todos os recursos contra decisões sobre Direito Militar, inclusive as oriundas dos Tribunais Militares e de Justiça dos estados e do Distrito Federal.

Assim como o Superior Tribunal de Justiça, o Superior Tribunal Militar deveria ser composto por nove ou doze magistrados, sendo 1/3 de ministros oriundos da segunda instância da Justiça Militar da União; 1/3 de ministros originários dos Tribunais de Justiça Militar e dos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal e Territórios; e 1/3 de membros do Ministério Público Militar e de advogados, todos com mais de 35 anos de idade e mais de dez anos de efetiva atividade junto ao foro militar.

A escolha dos ministros originários do Ministério Público Militar e da advocacia, assim como no Superior Tribunal de Justiça, seria realizada por meio de uma lista sêxtupla enviada pela classe ao Superior Tribunal Militar, que por sua vez elaboraria a lista tríplice para envio ao presidente da República, que escolheria o novo ministro.

Para reorganizar a Justiça Militar nos moldes dos demais ramos do Poder Judiciário, poderíamos adotar a mesma lógica que motivou a extinção do Tribunal Federal de Recursos, a criação do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e do recurso especial, sendo este vocacionado para a defesa da norma infraconstitucional em tese e a uniformização de sua jurisprudência.

Uma segunda iniciativa seria a criação de tribunais regionais militares, talvez dois (o da 1ª Região, com sede em Brasília, com competência para exercer a segunda instância das auditorias localizadas nas regiões Centro-Oeste, Norte e Nordeste, e o da 2ª Região, com sede no Rio de

Janeiro, com jurisdição sobre as auditorias localizadas nas regiões Sudeste e Sul), para exercer competências típicas da segunda instância da Justiça Militar da União.

Os tribunais regionais militares seriam compostos por juízes-audidores de segunda instância e de oficiais-generais do último posto da carreira das Forças Armadas, com competências típicas da segunda instância, como apreciar matéria de fato e de direito.

Os tribunais regionais militares deveriam ser compostos por sete juízes, sendo um oficial-general do último posto de cada uma das Forças Armadas, dois juízes-audidores da Justiça Militar da União e do quinto constitucional, com uma vaga para os membros do Ministério Público Militar e uma vaga para advogados, todos com mais de 35 anos de idade e mais de dez anos de efetiva atividade junto ao foro militar.

A manutenção de militares das Forças Armadas nas instâncias ordinárias, assim como ocorre nos Tribunais de Justiça Militar, é extremamente salutar. Existem tipos penais militares que exigem conhecimentos sobre estratégia e doutrina militar. A participação de juízes militares, que passaram por toda a formação militar, inclusive as escolas de Comando e Estado-Maior, pode ser decisiva para um julgamento justo e imparcial⁷.

A primeira instância da Justiça Militar da União continuaria funcionando nos moldes existentes, com algumas alterações que já são objeto de projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional (Projeto de Lei n. 7.683/2014), a exemplo do julgamento monocrático de civis pelos juízes-audidores etc.

Outra inovação importante e que deveria ser efetivamente implementada é aquela prevista na PEC 358/2005, que, assim como já ocorre nas Justiças Militares dos estados, transfere à Justiça Militar da União a competência para processar e julgar todas as ações de impugnação aos

7 Art. 200. Deixar o comandante, em ocasião de incêndio, naufrágio, encalhe, colisão, ou outro perigo semelhante, de tomar todas as providências adequadas para salvar os seus comandados e minorar as consequências do sinistro, não sendo o último a sair de bordo ou a deixar a aeronave ou o quartel ou sede militar sob seu comando: Pena – reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único. Se a abstenção é culposa: Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

atos administrativos disciplinares fundados nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas.

A Justiça Militar da União e o Ministério Público Militar já se preparam para absorver essas novas competências, sendo exigidos dos candidatos nos concursos públicos de juiz-auditor substituto e de promotor de Justiça Militar conhecimentos sobre Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Administrativo Militar, Direito Civil e Direito Processual Civil.

Embora não existam projetos de lei nesse sentido, todas as matérias de Direito Militar deveriam ser de conhecimento da Justiça Militar, como as questões relativas ao Direito Previdenciário Militar, todas as questões envolvendo impugnações a atos administrativos praticados por autoridades militares, como ações que tratem de reforma, reserva, promoções, transferências, punições disciplinares, afastamentos de militares para concorrer a cargos eletivos e quaisquer outras ações que tratem de leis militares, inclusive as ações de indenizações por ação ou omissão de autoridade militar.

Implementadas essas novas competências, é inegável que será fundamental a existência de um Superior Tribunal Militar, com competência para apreciar recursos especiais, para a defesa e uniformização da interpretação de toda a legislação castrense, inclusive as demandas originárias dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais de Justiça Militar dos estados.

6 Conclusão

Desde o Império, coube ao Supremo Tribunal Federal a competência para realizar, por meio do recurso extraordinário, a defesa da Constituição e do direito federal em tese, bem como unificar sua interpretação.

Até o regime constitucional pretérito, se o Superior Tribunal Militar, em seus julgados, violasse dispositivos infraconstitucionais, as partes do processo penal militar poderiam manejar o recurso extraordinário para corrigir a ilegalidade, compreensivelmente praticada, já que a maioria de seus integrantes são oficiais-generais do mais alto posto da carreira das Forças Armadas, sendo, portanto, de origem leiga.

Com a Constituição de 1988, houve uma cisão da competência do Supremo Tribunal Federal, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, que passou a exercer, por meio do recurso especial, a competência para realizar a defesa da norma infraconstitucional em tese e a uniformização de sua interpretação, encontrando-se no ápice da Justiça comum brasileira. Nesse momento, foi extinto o antigo Tribunal Federal de Recursos e foram criados os Tribunais Regionais Federais, que passaram a exercer as competências da segunda instância da Justiça Federal.

A nova ordem constitucional elevou o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho e o Tribunal Superior Eleitoral ao *status* de órgãos de cúpula, respectivamente, da Justiça comum (Federal, dos estados e do Distrito Federal e Territórios), da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral.

Essa reforma da Justiça brasileira não afetou o Superior Tribunal Militar, que manteve sua tradicional competência de órgão de segunda instância da Justiça Militar da União, ficando esta órfã de um tribunal de cúpula com competência para realizar a defesa em tese da lei militar.

Diante do vácuo recursal, se o Superior Tribunal Militar cometer uma afronta a uma lei militar, principalmente em razão de sua composição com uma maioria de ministros de origem leiga, não será possível a interposição de um recurso extraordinário, na medida em que nesta hipótese recursal somente seria admitida por ofensa direta ao texto constitucional.

Uma primeira possibilidade de impugnar um acórdão com violação à lei militar em tese seria a impetração de *habeas corpus*, ação constitucional de ampla aplicabilidade no processo penal militar. O inconveniente no manejo do remédio heroico possui a limitação de somente ser utilizado em proveito do paciente, de forma que o Ministério Público Militar e o assistente de acusação não teriam legitimidade para impetrá-lo contra os interesses do réu de um processo penal militar.

Não sendo possível a interposição de um recurso extraordinário ou a impetração de *habeas corpus*, a única possibilidade de impugnação a um acórdão do Superior Tribunal Militar seria a impetração de mandado de segurança, com fundamento, *a contrario sensu*, no art. 5º, inciso II, da Lei n. 12.016/2009. O inconveniente do manejo da impetração do mandado

de segurança, nesta hipótese, é que cabe ao próprio Superior Tribunal Militar a competência para processar e julgar o *mandamus*, nos termos do art. 6º, inciso I, alínea *d*, da Lei n. 8.457/1992, com a possibilidade de interposição de recurso ordinário constitucional para o Supremo Tribunal Federal em caso de denegação da ordem.

As falhas na estrutura recursal do processo penal militar provocaram reflexões sobre como a Justiça Militar da União deveria ser organizada, reclamando uma necessária e urgente reforma.

A primeira e mais urgente reforma seria a do Superior Tribunal Militar, que, para se tornar um verdadeiro tribunal superior e a instância excepcional da Justiça Militar, deveria ser composto, exclusivamente, por ministros oriundos da Magistratura, do Ministério Público Militar e da advocacia.

Excluir os ministros militares da composição do Superior Tribunal Militar é uma medida necessária para que este possa, por meio do recurso especial, realizar a defesa da lei militar em tese e a uniformização de sua interpretação, competência esta que exige notório saber jurídico, requisito incompatível com a formação dos oficiais-generais.

Nessa nova composição, o Superior Tribunal Militar seria integrado por nove ou doze magistrados, sendo 1/3 de ministros oriundos da segunda instância da Justiça Militar da União; 1/3 de ministros originários dos Tribunais de Justiça Militar e dos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal e Territórios; e 1/3 de membros do Ministério Público Militar e de advogados, todos com mais de 35 anos de idade e mais de dez anos de efetiva atividade junto ao foro militar.

A extinção do elemento leigo do Superior Tribunal Militar é necessária para que seus julgados, assim como no Superior Tribunal de Justiça, sejam dotados de elevadíssimo rigor técnico e científico.

Outra importante inovação seria a criação de uma segunda instância da Justiça Militar da União, esta composta por um ou dois Tribunais Regionais Militares, o da 1ª Região, com jurisdição sobre os estados do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, e o da 2ª Região, com jurisdição sobre os estados do Sul e Sudeste.

Os Tribunais Regionais Militares seriam compostos por sete juízes, sendo um oficial-general do último posto de cada uma das Forças Armadas, dois juízes-auditor da Justiça Militar da União e do quinto constitucional, sendo uma vaga destinada aos membros do Ministério Público Militar e uma vaga para advogados, todos com mais de 35 anos de idade e mais de dez anos de efetiva atividade junto ao foro militar.

A manutenção do escabinato nas instâncias ordinárias, onde são realizados julgamentos sobre matéria fática e jurídica, é extremamente importante para a Justiça Militar, uma vez que existem tipos penais militares em que é necessário o conhecimento da atividade militar, de estratégia etc. O mesmo não ocorre na instância excepcional, onde se julga a aplicação do Direito em tese, sendo esta competência incompatível com a presença do juiz militar.

A transformação do Superior Tribunal Militar em uma instância excepcional é uma consequência inevitável se houver a ampliação da competência da Justiça Militar da União, para processar os atos disciplinares militares.

Além de se transformar na instância excepcional da Justiça Militar da União, o Superior Tribunal Militar poderia ser o órgão de cúpula de toda a Justiça Militar brasileira, inclusive dos processos julgados pelos tribunais estaduais envolvendo a aplicação da lei castrense.

Somente se implementadas as inovações expostas, haveria uma simetria entre a Justiça Militar da União e os demais ramos do Poder Judiciário brasileiro, com duas instâncias ordinárias, para análise dos fatos e aplicação do direito federal, e um órgão de cúpula, para a defesa da lei em tese e uniformização de sua interpretação.

Referências

CERQUEIRA, Dionísio. *Reminiscências da campanha do Paraguai*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1980.

LEAL, Victor Nunes. Aspectos da reforma judiciária. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 7, p. 15-47, set. 1965.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 4. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Borsóí, 1963.

PENNA, Carlos Robichez. O recurso extraordinário e a crise do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos de Direito Público*, São Paulo, n. 8, p. 11-29, jul./dez. 1985 – jan./jun. 1986.

PINTO, G. Hércules. *Calabar; o patriota*. Rio de Janeiro: Conquista, 1976.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

Nelson Lacava Filho

As causas do ativismo judicial
e a jurisprudência do Supremo
Tribunal Federal quanto ao sistema
penal militar brasileiro

Sumário

1 Introdução

2 Do conceito de ativismo judicial e a evolução histórica de sua prática

3 Uma breve análise da evolução do ativismo judicial nos Estados Unidos da América e na Alemanha

4 O ativismo judicial no Brasil pós-Constituição Cidadã e suas causas sociopolíticas

5 Outras causas do ativismo judicial no Brasil

6 As causas do ativismo judicial e a jurisprudência referente ao Direito Penal e Processual Penal Militar brasileiros

7 Considerações finais

1 Introdução

O presente artigo tem como escopo expor o que seria o fenômeno jurídico denominado “ativismo judicial” e quais seriam as suas causas, entendendo como causa aquilo que é condição para que o referido fenômeno se desenvolva, bem como, de forma sucinta, analisar suas consequências no que concerne ao Direito Penal e Processual Penal Militar brasileiro.

Nosso objeto será conceituar o ativismo judicial tal como tem ocorrido no Judiciário brasileiro, sem, no entanto, deixar de fazer referência, mesmo que perfunctória, à forma como o fenômeno se dá em outros países, haja vista que, sendo o fenômeno ligado à atuação política do Poder Judiciário é, como adverte Manuel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 205), mundial.

Para tanto, passaremos, em um primeiro momento, a conceituar a expressão ativismo judicial, posteriormente, tentaremos explicitar quais seriam as suas principais causas e, ao final, descenderemos à análise de alguns exemplos da referida prática na jurisprudência brasileira, sobretudo efetivada pelo Supremo Tribunal Federal no que tange ao Direito Penal e Processual Penal Militar.

2 Do conceito de “ativismo judicial” e a evolução histórica de sua prática

O tema do “ativismo judicial”, tendo em vista que concernente à judicialização da política e politização do Judiciário, tem estrita ligação com a atuação do Judiciário em relação ao princípio da Separação dos Poderes e a evolução do Estado Moderno.

No momento em que se deu a ruptura com o modelo de Estado Absolutista, em decorrência das revoluções do séc. XVIII, na reformulação da estrutura do Estado, vislumbrou-se, na descrição que Montesquieu (2012, pp. 190-203) fez do funcionamento das instituições políticas inglesas, o princípio da Separação dos Poderes, como instrumento de autolimitação do próprio Estado.

Segundo o referido pensador, o Judiciário deveria ser neutro, sendo as decisões judiciais reflexo da lei, instrumento de limitação e proteção do povo do arbítrio do Soberano. Como se pode observar da leitura de *O Espírito das Leis*, sequer os juízes deveriam pertencer a uma classe diferenciada de pessoas, devendo ser a judicatura exercida sobretudo por pessoas comuns. Não é demais observar que o modelo observado por Montesquieu era o inglês, em que predominava o julgamento pelo Tribunal do Júri, no qual se faz valer de forma mais intensa a ideia de julgamento realizado pelos próprios pares¹.

Tal ideia veio a influenciar o modelo de Estado Liberal, que passou a ser implantado após as revoluções que eclodiram no final do século XVIII, e a fazer parte da tradição constitucional brasileira com sua adoção, a partir de 1824, pela Carta Constitucional outorgada pelo Imperador, que, além dos referidos três “Poderes”, incluía, ainda, o Poder Moderador.

Ora, nessa concepção, o objeto de análise da decisão judicial é o fato da vida, tendo como paradigma a lei. O Judiciário, por essa razão, não exerce papel político. É simplesmente a “boca da lei”. O juiz assim, quando não um leigo, é um simples funcionário do Estado que tem como atribuição dizer o direito no caso concreto, impondo com sua decisão a vontade do legislador.

Mas o mesmo constitucionalismo que consagrou o princípio da Separação dos Poderes determinou a modificação na forma de se conceber o Poder Judiciário e seu modo de atuação.

1 Não custa nada reproduzir alguns excertos da referida obra clássica que tratam do Poder Judiciário: “[...] O poder de julgar não deve ser concedido a um senado permanente, mas sim exercido por pessoas tiradas da classe popular, em certas épocas do ano, da forma prescrita pela lei, a fim de formar um tribunal que não dure senão enquanto a necessidade o requerer.

Dessa maneira, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não se achando ligado nem a um certo estado, nem a uma certa profissão, tornar-se-á, por assim dizer, invisível e nulo. E ninguém mais terá, continuamente, juízes diante dos olhos; temer-se-á a magistratura, não os magistrados.

E será mesmo preciso que nas grandes acusações o criminoso, concomitantemente com a lei, escolha os seus juízes; ou que pelo menos, possa recusar um tão grande número deles, e que aqueles que ficarem possam ser considerados como sendo de sua escolha” (Montesquieu, p. 193).

Da ideia inerente à Constituição de que esta é o documento que submete o próprio Estado e a sociedade como acordo de convivência ou pacto federativo, ou seja, do princípio da supremacia da constituição, transmuda-se o Poder Judiciário de função neutra do Estado para função com carga política.

Se a Constituição submete a todos, inclusive os Poderes do Estado, deve ser ressaltada sua força acima de qualquer atividade estatal, sobretudo a lei, haja vista que a norma constitucional é hierarquicamente superior à legislação ordinária. Dessa concepção, surge o conceito de controle de constitucionalidade.

No famoso caso *Marbury vs. Madison*, o juiz Marshall, presidente da Suprema Corte norte-americana profere a primeira decisão em que se vislumbra o denominado controle difuso de constitucionalidade².

A partir desse momento o Judiciário vai exercer um papel também político, de análise (controle) do trabalho do Poder Legislativo, que é a lei, ou seja, não apenas terá como objeto de suas decisões o fato tendo como paradigma a lei, mas a lei, como objeto, tendo como termo de comparação a Constituição.

Nesse período, entretanto, como bem assevera Manuel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 210), de forma estrita, porém, o Judiciário

[...] não julga a lei ordinária, não a invalida, apenas não a aplica ao caso concreto e faz prevalecer a lei mais alta. Como não nulifica a lei ordinária, esta permanece vigente e eficaz, e apenas no caso decidido deixa de ser aplicada. A decisão de afastá-la tem efeito *inter partes*, não *erga omnes*.

Dessa forma, não se pode dizer que haveria o ativismo judicial, tal como o concebemos hoje.

2 Em que pese o estudo do referido caso venha sendo bastante criticado por parte da doutrina norte-americana, pelo fato de não ser o enfoque do controle de constitucionalidade o principal tema do caso, sendo a disputa entre as forças políticas da Federação americana o contexto do caso (cf. Ackerman, 2005), e pelo fato de não ser apropriada a forma superficial como se aborda o caso nos cursos jurídicos (cf. Levinson, 2003, pp. 553 e ss), fato é que o referido caso foi o precursor do que se denominou controle difuso de constitucionalidade.

Ocorre que, no início do século XX, em razão da falência do modelo do Estado Liberal, marcada principalmente pela quebra da bolsa de Nova York, em 1929, o modelo do Estado de Bem-Estar Social surge como alternativa para as mazelas decorrentes do capitalismo sem limites, tal como preconizado pelo modelo anterior.

O Estado de Bem-Estar Social vai intervir de maneira incisiva na economia a fim de promover direitos sociais, que passam a ser prometidos à sociedade pelas próprias constituições que esses Estados estabelecem. O próprio Estado, que antes tinha uma postura neutra, própria do Capitalismo Liberal do *laissez faire*, passa a ter uma postura ativa na prestação de serviços e na consecução de novos direitos denominados de sociais.

Aliado a esse fato, observa-se que a sociedade, no século XX, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, passa a ser bem mais complexa e de maiores dimensões. Os conflitos sociais, que antes eram intersubjetivos, tornam-se de massas, passando o Poder Judiciário a ser demandado em questões para as quais nunca houvera desenvolvido instrumentos.

Assim, no decorrer do século XX, foram se desenvolvendo instrumentos a fim de capacitar o Judiciário quanto ao julgamento de questões de massa, impondo que intervenha em políticas públicas do próprio Estado, em muitos casos, como o do Estado brasileiro, o maior demandado. Exemplos desses instrumentos seriam as *class actions*, as ações civis públicas, os mandados de segurança coletivos etc.

Tal passa a ser a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas estatais, que se passa a questionar se o próprio princípio da Separação dos Poderes estaria em decadência (FERRAZ FILHO).

Nesse contexto é que surge o termo “ativismo judicial”, como uma anomalia na atuação judicial, quando esta extrapola os limites a ela conferidos no próprio texto constitucional e passa a exercer o papel dos outros Poderes do Estado. Nesse diapasão, Elival da Silva Ramos (2010) conceitua, de forma dogmática, o ativismo judicial como “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”.

Acrescenta que “essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (RAMOS, 2010, p. 308).

Certo é que o termo “ativismo judicial” não é originário do Direito brasileiro, sendo pela primeira vez utilizado nos Estados Unidos, de forma pejorativa, justamente em momento em que se discutia a intervenção do Poder Judiciário na política econômica do *New Deal*³, ou seja,

3 Cf. Kmiec (2004, pp. 1441-1477). O referido artigo, para o qual remetemos o leitor, procura apresentar a origem do termo “ativismo judicial” na doutrina e jurisprudência norte-americanas, abordando o seu significado. Na primeira parte do texto o autor se propõe a analisar a origem do termo na doutrina e, na segunda, a sua origem e significado dado pela jurisprudência americana.

Adverte que o tema gira em torno da clássica polêmica entre Jeremy Bentham e John Austin sobre a possibilidade de o judiciário legislar, mas que, a primeira oportunidade em que o termo apareceu foi na *Fortune Magazine* de 1947, citado por Arthur Schlesinger, ao comentar o julgamento do *New Deal* pela Suprema Corte norte-americana, em 1937.

O autor explicita que Schlesinger apresentava os argumentos contrários e favoráveis ao ativismo judicial, entre eles, da parte dos favoráveis, o fato de não estar o direito desligado da política e, do lado desfavorável, ser o ativismo contrário ao processo democrático e fazer cair por terra a fé no princípio da Separação de Poderes. Esclarece o autor que a obra de Schlesinger contribuiu como fonte de pesquisa para estudiosos das dicotomias do tema.

Posteriormente, o primeiro estudo doutrinário sobre o tema teria sido o realizado por Edward Mc Whimney, Professor de Direito na Universidade de Toronto. Para o referido doutrinador, a ideia do ativismo judicial surgiria da concepção de que em certas questões de Direito, sobretudo em termos de garantias sociais e de Direitos Humanos, o Judiciário deveria suprir a omissão do Legislativo. Como argumentos contrários, aduz que os juízes não estariam preparados para fazer política, extraindo e repassando os valores para a sociedade, sendo, inclusive, tolhidos pelo sistema adversarial. Além disso, teriam apenas consciência parcial do problema e incorreriam em grande risco de ferir a representatividade das minorias.

Como primeiro uso judicial do termo ativismo judicial, o autor cita o juiz Joseph C. Hutcherson Jr. que o utilizou em um caso em que se discutia a anulação de um julgamento de homicídio pelo Tribunal do Juri (*Theriot vs. Mencer*), como forma de criticar os votos de seus colegas de Suprema Corte (Black, Douglas e Murphy), em uma nota de rodapé. Disse que suas opiniões não eram ensaios de doutrina abstrata do Direito, mas simplesmente “ativismo judicial”. Na opinião do autor, assim a primeira vez que o termo foi utilizado não foi para construir uma nova doutrina ou precedente, mas, simplesmente, para criticar algo que desagradava.

O autor cita outras utilizações posteriores do termo, que sempre colocam em relevo questões como a representação democrática em detrimento de uma autocracia judicial, e cita o entendimento do juiz Wilkinson de que o ativismo judicial apresenta três mo-

a própria origem do termo “ativismo judicial” é simbolicamente atrelada ao momento em que o Estado Moderno transmuda-se do modelo liberal para o Estado intervencionista da social democracia.

Desde então, vem sendo objeto de análise e preocupação, sobretudo dos constitucionalistas, tendo em vista a ameaça aos princípios da Separação de Poderes, da Supremacia da Constituição e, sobretudo, do princípio democrático da representação popular.

3 Uma breve análise da evolução do ativismo judicial nos Estados Unidos da América e na Alemanha

É nos Estados Unidos da América que se vislumbra de forma mais incisiva a atuação do ativismo judicial. Não por outro motivo, em razão de, no sistema da *common law*, a atividade do Poder Judiciário ser declaradamente criadora do direito, sua análise se imbrica com o próprio desenvolver da história da sua Suprema Corte, na qual se pode destacar três grandes períodos (TRINDADE; MORAIS, 2011, n. 53, p. 58) de que se passa a tratar.

No primeiro momento, denominado *tradicional*, que vai de 1787 até 1803 e tem como caso paradigmático o já citado caso *Marbury vs. Madison*, o traço caracterizador é uma visão mais substancial da Constituição, que impõe o entendimento de que mediante a adequada interpretação do texto constitucional seria possível construir sentidos e ao mesmo tempo extrair princípios que podem ser cumpridos tais como são as leis, afastando-se da ideia clássica de que a Constituição somente serviria para estabelecer generalidades (TRINDADE; MORAIS, 2011, n. 53, p. 59).

Nesse período, ousamos afirmar que não haveria o ativismo judicial propriamente dito, mas que, a partir do momento em que foi dada ao Judiciário a possibilidade de contrapor-se a um ato normativo, fazendo

mentos na história do judiciário americano, sendo o primeiro no caso *Lochner vs. New York*, quando foi discutido o *New Deal*; o segundo, entre os anos de 1950 e 1970, quando estava sob foco a descoberta de novos direitos na constituição; e o terceiro estágio provavelmente ter-se-ia iniciado a partir do caso *New York vs. United States*.

controle de atos do Legislativo ou da Administração, na sua atuação política está presente o embrião do ativismo judicial.

No segundo período, que vai de 1890 a 1930, observa-se uma fase de transição, marcada por uma tendência conservadora de contenção (*self-restraint*), em que a Suprema Corte norte-americana buscava em suas decisões a limitação da interferência do Estado na vida particular dos indivíduos. Se na era tradicional a tônica do ativismo judicial americano estava na interpretação, embora não pareça, no período de transição a tônica estaria na vontade, haja vista que as decisões da Suprema Corte norte-americana tomavam um caráter eminentemente político e invadiam a esfera de atuação do Poder Legislativo norte-americano (TRINDADE; MORAIS, 2011, n. 53, p. 60), impedindo que o Estado influenciasse a vida em sociedade.

Esse quadro começa a mudar quando, em 1933, Franklin Delano Roosevelt tenta implementar a política intervencionista do *New Deal* e os juízes da Suprema Corte, tradicionalmente conservadores, passam a se opor à nova legislação invocando as cláusulas do devido processo e a cláusula do comércio (TRINDADE; MORAIS, 2011, n. 53, p. 60).

Tal crise institucional perdurou até o dia 5 de fevereiro de 1937, quando Roosevelt anunciou proposta no sentido de aumentar em um juiz a Suprema Corte, sempre que um dos juízes completasse setenta anos de idade. A partir de tal anúncio, a Suprema Corte recuou e passou a presumir a constitucionalidade de todas as leis que tivessem conteúdo econômico, adotando o que se denominou de *rational basis test*, que impõe que a legislação seja razoavelmente relacionada a uma finalidade política válida para que não seja declarada inconstitucional (TRINDADE; MORAIS, 2011, n. 53, p. 60).

A partir daí vislumbra-se a fase moderna, em que o foco do ativismo da Suprema Corte se desloca da área econômica para a esfera das liberdades civis, tendo como base a primeira e a décima quarta emendas americanas, passando os juízes americanos não mais a apenas interpretar leis, mas a reescrevê-las (TRINDADE; MORAIS, 2011, n. 53, p. 60).

Nesse período, destaca-se a famosa Corte Warren, presidida pelo juiz Earl Warren, que provocou, ao proferir decisões históricas, revolu-

ção constitucional influenciadora da atividade de muitas outras cortes e tribunais, sobretudo pelo fato de se opor à postura do *self-restraint* – que predominava no período anterior – para propor que o Judiciário compensasse as deficiências do processo democrático de forma ativa por meio de suas decisões (TRINDADE; MORAIS, 2011, n. 53, p. 61).

É caso paradigmático desse período o caso *Brown vs. Board Education*, em que se revogou o caso *Plessy vs. Ferguson*, no qual a Suprema Corte adotava a doutrina do *separate but equal*, que confirmava a constitucionalidade da Lei do Estado da Louisiana a qual determinava que os negros tivessem acomodações, em que pese iguais, separadas das dos brancos no transporte ferroviário (TRINDADE; MORAIS, 2011, n. 53, p. 61).

Tal postura permanece até os dias de hoje, sendo mantida pelos presidentes da Corte posteriores. A título de exemplo, pode-se citar o caso *Roe vs. Wade*, em 1973, em que a Corte, agora dirigida pelo juiz Burger, anulou a legislação do Texas que criminalizava o autoaborto, exceto nos casos em que houvesse a indicação para salvar a vida da gestante, baseando-se no direito à privacidade (TRINDADE; MORAIS, 2011, n. 53, p. 63).

Outra experiência internacional que merece destaque é a do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) que, após os horrores da segunda guerra mundial, passa a ter como objeto de análise o aparato legislativo do Nacional Socialismo em relação à nova Lei Fundamental Alemã, fundada no princípio do respeito à dignidade da Pessoa Humana (TRINDADE; MORAIS, 2011, n. 53, p. 63).

Passa o Tribunal Constitucional Federal Alemão a entender o direito como um sistema concebido para servir à justiça, em que se relativiza a legalidade do período nazista e o positivismo jurídico, tal como passa a teorizar Radbruch, concretizando suas decisões no que se denominou jurisprudência de valores (TRINDADE; MORAIS, 2011, n. 53, p. 65).

Há críticas no sentido de que a postura de ativismo judicial adotada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão representa um momento de desapego à certeza e à segurança jurídica do pensamento jurídico.

Por essa razão, há teóricos, como Karl Wilhelm Canaris, que tentam compatibilizar o aspecto valorativo e problemático da jurisprudência de valores com uma estrutura de coerência e dedutibilidade inerente

à ideia de sistema, que passa a ser concebido como sistema aberto (TRINDADE; MORAIS, 2011, n. 53, p. 66).

A crítica que se faz a Canaris é que sua estrutura de pensamento segue a mesma fundamentação do racionalismo moderno que não libera o direito do pensamento matemático por simples substituição da dedução por outro tipo de procedimento metodológico qualquer.

Entre as inúmeras decisões do *Bundesverfassungsgericht*, pode ser citado como emblemático o caso Luth, em que a Corte Constitucional lança as bases de uma dogmática geral dos direitos fundamentais, em que estes passam a ser concebidos, ao mesmo tempo, como uma ordem axiológica objetiva e como direitos públicos de resistência contra o Estado. Nesse julgamento, ficou assente que a Lei Fundamental Alemã não instituiu um ordenamento neutro, haja vista que estabeleceu em seu capítulo dos direitos fundamentais um sistema axiológico objetivo, e que, portanto, houve um incremento da hierarquia jurídica dos direitos fundamentais diante dos outros valores. Além disso, a Corte tratou, na referida decisão, da “eficácia horizontal (*Drittwirkung*) e do efeito limitador (*Wechselwirkung*) dos direitos fundamentais, bem como da exigência de ponderação dos direitos fundamentais, levando em conta as especificidades do caso concreto” (TRINDADE; MORAIS, 2011, n. 53, p. 68).

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão vem sofrendo diversas críticas, sobretudo de Habermas, no sentido de que esta poderá se tornar um poder constituinte autônomo e permanente, a continuar com a prática da jurisprudência dos valores. Segundo o pensamento do filósofo citado, a corte deveria obedecer uma argumentação deontológica em que os direitos devem ser concebidos como autênticos princípios e não como valores, encontrando-se “entre as normas aplicáveis *prima facie*, aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de todo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes” (HABERMAS, 1997, pp. 322-323).

Em menor intensidade, há notícias de que o Poder Judiciário italiano tenha também tomado a postura ativista a partir do momento em que teve de se desvencilhar de um sistema legislativo nitidamente conformado pelo Fascismo.

4 O ativismo judicial no Brasil pós-Constituição Cidadã e suas causas sociopolíticas

Na América Latina, a realidade não é diferente, haja vista que o fenômeno do ativismo judicial parece ser um reflexo da própria globalização⁴. Em que pese de forma tardia em relação à Europa, observa-se que os países latino-americanos se viram às voltas com regimes de força, sobretudo nos anos 60, 70 e 80.

O ativismo judicial na América Latina não é obra apenas do Judiciário mas é fruto de uma série de fatores, desde a formação jurídica dos cursos de direito até a relação daquele Poder com as demais funções do Estado, sendo, ainda, consequência, no caso do Brasil, do próprio texto constitucional e da forma como o Estado se estruturou.

Certo é que, já nos anos 70, o engajamento de advogados de esquerda, no que diz respeito à implementação de direitos humanos, sobretudo no que diz respeito às causas trabalhistas, é um dos movimentos que vão influenciar não só os processos de abertura política na América Latina, como vão determinar uma reestruturação na Magistratura e no Ministério Público como carreiras de Estado relacionadas a um novo papel político (ENGELMANN, 2007, p. 40).

Essa é uma realidade que não se dá apenas no Brasil mas também no Equador, na Guatemala, na Colômbia e Argentina (ENGELMANN, 2007, p. 46-47).

Observa-se que, se numa primeira fase, o instrumental utilizado pelos advogados ativistas para efetivar, inclusive nas Cortes Internacionais, os direitos humanos dos cidadãos latino-americanos em contrariedade a torturas e prisões arbitrárias, numa segunda etapa, passa a ser utilizado na redemocratização do País e em causas políticas envolvendo as causas dos pobres (como os movimentos Sem-Terra e Sem-Teto), as causas ambientais, indígenas, homossexuais, feministas etc (ENGELMANN, 2007, p. 48).

4 Cf. BERIZONCE, 2010, p. 40. Para o referido autor, o ativismo judicial estaria imbricado com a imposição internacional do respeito dos Estados aos Direitos Humanos, sendo um fenômeno globalizado.

A referida politização das demandas levadas ao Judiciário passa a ser referendada por “movimentos críticos do direito” e por associações de juristas, que passam exercer efetiva militância política e forte influência no debate intelectual com a publicação de artigos e livros de “doutrina jurídica”. Como exemplos dessas correntes, no Brasil, podemos citar as concepções do “Direito achado na rua”, o “Direito alternativo” e, mais recentemente, o neoconstitucionalismo (ENGELMANN, 2007, p. 54).

No Brasil, para melhor compreender o fenômeno e as causas do ativismo judicial tal como nos deparamos hoje⁵, é de boa medida dividir a atuação do Judiciário, no período posterior à Constituição de 1988, em três fases, tal como fazem André Karam Trindade e Fausto Santos Morais (2011, p. 71).

Para os referidos autores, o constitucionalismo democrático (período posterior à Carta de 1988) pode ser dividido em três momentos bastante distintos: a) fase da ressaca, que se inicia em 1988 e se observa a necessidade de filtrar sob o aspecto constitucional as normas da ordem jurídica anterior; b) o momento da constitucionalização, que se inicia nos fins dos anos 90, sobretudo em razão de uma descoberta da Constituição, principalmente em razão da contribuição de Canotilho, em que os tribunais são estimulados a exercer um papel menos passivo em relação à concretização dos direitos fundamentais; e c) a fase do ativismo judicial (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 71-75).

No período ressaca, o Poder Judiciário assume uma postura de contenção, “recusava-se a garantir a prestação dos direitos fundamentais sociais, a controlar a edição de medidas provisórias ou mesmo examinar a constitucionalidade dos regimentos internos do Congresso Nacional” (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 73). “[...] As normas programáticas tornaram-se sinônimo de normas sem utilidade, convertendo-se em um incômodo que, na prática, bloqueava o desenvolvimento econômico,

5 Com efeito, restringimo-nos ao período posterior à Constituição Cidadã, haja vista seja aquele em que o fenômeno do ativismo judicial seja mais explícito e mais nos interesse pela simples razão de ser o sistema constitucional vigente. Entretanto, na história brasileira anterior à atual constituição, o fenômeno já ocorreu. Como exemplo, temos o caso da doutrina brasileira do *habeas corpus* diligentemente abordada por Elival da Silva Ramos (2010, p. 226-236).

conforme sustentavam os setores mais conservadores da comunidade jurídica” (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 73).

Tal como ocorrera na Itália em momento posterior ao fascismo, foi necessária uma nova compreensão axiológica do ordenamento que, além de filtrado pela nova Constituição, impôs a modificação na formação dos próprios juristas, muitas vezes refratários à nova ordem, sobretudo no que concerne à ênfase no plano infraconstitucional do direito (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 72)⁶.

No segundo momento, estimulado sobretudo pela doutrina que enfatizava a necessidade de construção e implementação de uma teoria constitucional, o Direito Público passa a ganhar cada vez maior espaço, sendo o Poder Judiciário incentivado a tomar uma postura menos passiva na implementação da Constituição (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 74). Outro fator que contribuiu para que o Direito Público se avolumasse foi o fato de a Constituição tratar de uma infinidade de temas, sendo que quase todas as matérias passam a ser objeto de controle constitucional.

Assim, paulatinamente, se observa uma preocupação em superar o positivismo e uma tendência da jurisprudência, com subsídio na hermenêutica e argumentação jurídica, de efetivar os direitos humanos, sobretudo os sociais, que passam a ser conferidos de forma imediata (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 75).

A terceira fase, denominada por André Karam Trindade e Fausto Santos de Moraes de ativista, é o momento em que vivemos hoje e que teria início simbólico a partir da reformulação do Supremo Tribunal Federal iniciada a partir de 2003 e da Emenda Constitucional n. 45, em 2004. É caracterizada por um estímulo à postura ativista não só do Supremo Tribunal Federal mas do Poder Judiciário como um todo.

A ideia de ativismo judicial passa a ser entendida por muitos como uma fórmula imprescindível para a concretização de direitos, sendo o neoconstitucionalismo sua vertente doutrinária legitimadora.

6 Aduzem os referidos autores que foi necessário que toda uma geração de juristas passasse, para que uma nova concepção sobre o Direito Constitucional começasse a ser compreendida. Tendo como grande contribuição para tal o pensamento de Canotilho.

Dentre os diversos modos de pensar o neoconstitucionalismo no Brasil, destaca-se a obra de Luís Roberto Barroso, para quem a “ideia de ativismo judicial estaria associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”⁷.

O que se vislumbra, entretanto, no Brasil é algo bem diverso. Trata-se de postura que constitui verdadeiro perigo para a própria ideia de democracia baseada na representação popular e prenúncio de grave crise institucional, haja vista que, em diversas ocasiões, vislumbra-se o Poder Judiciário, de forma incisiva, interferindo na seara do Legislativo e do Executivo, de forma ativa, muitas vezes, menoscabando o próprio texto constitucional, do qual é guardião, extrapolando-o para além dos seus limites, à guisa de melhor interpretá-lo.

5 Outras causas do ativismo judicial no Brasil

Ora, para além das causas sociopolíticas que têm determinado o ativismo judicial, como já explicitado, fatores outros há que, sobretudo no Brasil, explicam a razão pela qual a anomalia vem sendo cada vez mais comum. Entre as diversas causas, podem ser citadas: as exigências do Estado-Providência e sua ineficiência; o próprio texto constitucional, que é fluido e ambíguo, além de muito prolixo; a própria ênfase na atuação política do Poder Judiciário; a atuação deficiente do Poder Legislativo; a maior respeitabilidade da classe dos juízes frente à dos políticos; o instrumental legislativo concedido pelo Legislador para que o Judiciário intervenha politicamente; a divulgação da atuação do Judiciário pela mídia etc.

Sobre o modelo de Estado-Providência, como já vimos, a partir do momento em que passam a ser reconhecidos pelas Constituições os Direitos Fundamentais de 2ª geração, cabe ao Judiciário exercer o controle das atividades do Estado-Intervencionista e, ao mesmo tempo, este surge como ator para que a sociedade postule seu interesse de im-

7 *Post-scriptum* (BARROSO, 2011, p. 365).

plementar os referidos direitos em oposição ao próprio Estado, impondo ao Judiciário uma postura de ativismo.

Um Estado que tudo promete, mas é administrativamente ineficiente, como é o caso do Estado brasileiro, passa a ser mais demandado em juízo, mesmo porque a população passa a ter maior consciência dos seus direitos⁸.

Quanto à ênfase no papel político, para além do Controle de Constitucionalidade, seja na forma concentrada, seja na forma difusa, esse enfoque dado na atuação do Judiciário como concretizador de políticas públicas vai contribuir para que o Poder Judiciário utilize-se cada vez mais do ativismo judicial. Tal tendência, aliás, é bastante sedutora aos juristas, pois causa a falsa impressão de que se pode resolver as mazelas sociais do Brasil por meio da sentença.

Nessa esteira, percebe-se que o próprio Poder Constituinte Reformador e mesmo o Legislador vão, paulatinamente, concedendo instrumental ao Judiciário para sua atuação política. São exemplos desses instrumentos processuais os mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade que, mais e mais, proliferam, os quais vão desde o mandado de injunção e a ação direta de controle de constitucionalidade por omissão até mecanismos como as súmulas vinculantes, a modulação constitucional, ações como a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e, para não deixar de citar instituto recentíssimo que está para ser aplicado, a técnica dos precedentes, disciplinada no art. 927 do novo Código de Processo Civil, que, ao nosso sentir, trará forte abalo à independência funcional dos magistrados.

Quanto às características do texto constitucional, deve ser ressaltado que, em razão da crise de hegemonia advinda da ditadura militar e a da instauração do processo democrático no País, para ser aprovado, o texto constitucional necessitava de consenso, haja vista que não se formava uma maioria. Por essa razão, além de extremamente prolixo, o texto apresenta-se pouco comprometido com um sentido unívoco e está repleto de lacunas.

8 Nesse sentido, BERIZONCE, 2010, p. 39.

Sobre a atuação deficiente do Poder Legislativo, Carlos Alberto Navarro Peres afirma que essa se daria, sobretudo, em razão dos seguintes fatores: “a) a crise da democracia partidária; b) da inaptidão do Parlamento para concretizar a vontade geral; c) da morosidade do processo legislativo; d) a desvalorização da lei; e e) o abuso da discricionariedade legislativa” (PEREZ, 2012, p. 147).

Com relação à crise da democracia partidária, observa o referido autor que esta se estabelece por quatro vícios no sistema de representação. O primeiro seria o do número excessivo de partidos políticos, que prejudica a formação de uma maioria estável para dar sustentação ao Governo. O segundo vício, seria a fluidez dos programas partidários que são imprestáveis como roteiros para ação governamental. O terceiro é o da tendência oligárquica que domina as estruturas partidárias no País, haja vista que pouco importaria o programa partidário, uma vez que o partido seria mais um agrupamento de homens em função de um ou de alguns líderes do que um agrupamento de homens em função de ideias (PEREZ, 2012). Por fim, o último vício seria a seleção dos candidatos pelos partidos políticos em decorrência da sua capacidade de ganhar votos e não da capacidade de cumprir o mandato.

Ora, se a lei é a expressão de uma maioria parlamentar ocasional, sem qualquer vinculação às ideias ou programas partidários, ela não vai ser apta a exprimir a vontade geral do povo.

Além disso, o parlamento passa a ser uma instância morosa para a concretização de políticas públicas numa sociedade em que o imediatismo é cogente. Nesse ponto, há de se ressaltar que, no Brasil, esse fator é exacerbado, tendo em vista que, de forma diferente dos outros países do mundo, que adotaram o modelo Estatal do bem-estar social, o País permanece com o modelo Presidencialista de governo, que é típico do modelo de Estado Liberal, sendo o Parlamento ainda mais demorado no desenvolver das políticas públicas.

De forma paradoxal, o mesmo parlamento que é moroso em atender o imediatismo da sociedade brasileira tem produção legislativa excessiva. É incrível a produção legislativa que, dada a sua transitoriedade, passa a perder importância, revelando incerteza e insegurança nas razões jurídicas dela decorrentes; ou seja, a lei passa a não ter mais o

mesmo peso de outrora, impondo aos juízes a “alternativa” de analisar as questões sob a perspectiva de valores.

Outro fator, citado por Carlos Alberto Navarro Perez, é decorrente da decisão do Legislativo de furta-se ao cumprimento da sua função, “em razão de incômodos causados por conflitos de natureza moral, relegando os embaraços da decisão política ao Poder Judiciário” (PEREZ, 2012, p. 139).

Há ainda uma causa cuja importância não se pode desmerecer. A própria legislação processual, sobretudo na América Latina, influenciada por teorias processuais que preconizam o ativismo judicial, determina uma postura ativista por parte dos juízes a fim de que tomem uma postura proativa no sentido de minorar as desigualdades sociais e, por conseguinte, fazer justiça⁹.

Juan Felipe Vallejo Osorio descreve como tal fenômeno se observa na América Latina, em que é hegemônica a tendência ativista na doutrina processual civil, que impõe como princípios imprescindíveis ao Direito Processual sua publicização, ou socialização, a fim de se obter a justiça, como valor bastante próximo à ideia metafísica de Justiça, própria do período das Ordálias, na Idade Média (OSORIO, 2013, pp. 170-171).

A doutrina processual e a própria lei processual, e porque não a própria Constituição, passam a esperança de que o Poder Judiciário seria o instrumento de resolução de todas as mazelas sociais, o que o faz, de certa forma, receber os influxos populistas, tão próprios da América Latina (OSORIO, 2013, p. 190). Assim, o juiz passa de uma postura necessariamente imparcial a ser um interventor, postura essa legitimada pela legislação e doutrina de viés veladamente autoritário¹⁰.

9 Cf. OSORIO, 2013, pp. 160-199.

10 Tal postura, para além de trazer reflexos políticos na relação do Poder Judiciário para com os demais poderes, vai trazer consequências, segundo Juan Felipe Vallejo Osorio, também para o âmbito interno do processo, sobretudo no que diz respeito à questão probatória. Observa-se que o processo não se desvincula do princípio inquisitivo, agindo o juiz “interventor” no sentido da busca da verdade material, sobretudo suprindo deficiências na representação de uma das partes. Tal postura, segundo Felipe Valljo Osorio, é bastante perigosa, pois desnatura o princípio da imparcialidade do Judiciário, mas foi referendada pelo legislador colombiano no artigo 213 da lei 1.437, de 2011, que regulou a produção de provas de ofício pelo juiz, na contramão do que ocorreu na Espanha, em que se revogou o artigo 429 do Código de Processo Civil Espanhol, que também regulava a matéria (OSORIO, 2013, pp. 193-194).

Por fim, há ainda um fator de cunho sociocultural. A maior credibilidade dos juízes em relação aos políticos.

No entender de Guy Canivet, isso seria em decorrência do fato de que estes seriam independentes e imparciais em razão das suas garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (CANIVET, 2007, p. 11). Entretanto, Manuel Gonçalves Ferreira Filho é de entendimento, com o qual concordamos, no sentido de que isso se dá mais em razão do desprestígio dos próprios políticos do que por qualquer outro fator¹¹.

Esse fator, aliado à repercussão dos casos judiciais pela mídia de massa, que prega uma ditadura do “politicamente correto”, e os instrumentos e mecanismos processuais concedidos pelo próprio legislador fazem com que apareça a crença num Judiciário que resolverá todos os problemas sociais, como se tivesse nas mãos uma “varinha mágica”. E o pior é que alguns juristas nisso acreditam e passam, assim, a desvirtuar suas funções, como, por exemplo, para citarmos os casos mais comumente citados pela doutrina, no caso da edição da súmula vinculante das algemas (Súmula n. 11); no caso da proibição do nepotismo (Súmula n. 13); na modulação da inconstitucionalidade dos precatórios; na determinação de que a Saúde Pública forneça determinada medicação a determinado paciente etc.

6 As causas do ativismo judicial e a jurisprudência referente ao Direito Penal e Processual Penal Militar brasileiros

Muito embora a jurisprudência relativa ao Direito Penal e Processual Penal militar não seja objeto comum da preocupação dos estudiosos do

11 Nos dizeres do referido autor: “Realmente, é largamente difundida uma imagem negativa, segundo a qual são eles corruptos, despreparados e ineptos. Como os representantes são políticos [...]”

Este retrato negativo muito contribui para abrir caminho para os que são honestos, preparados capazes. Esta é a imagem dos magistrados, o que constitui uma das inspirações da judicialização da política” (2011, p. 292).

fenômeno do ativismo judicial, temos que essa se mostra como exemplo claro da referida prática.

São diversos os exemplos que podem ser citados. Citaremos apenas alguns, haja vista que a enumeração de todas as situações fugiria à proposta do presente trabalho.

Assim a título de exemplo podemos citar três intervenções do Supremo Tribunal Federal: o caso da edição da Súmula n. 36, que determinou como competente a Justiça Federal para o processamento e julgamento das ações penais referentes ao uso, por civis, de CIR falsificadas¹²; *Habeas Corpus* n. 102.380¹³, no sentido de que cabe à Justiça Federal comum processar e julgar aqueles que cometem crime fora do âmbito militar e, por isso, o procedimento instaurado para processar crime de homicídio de militar contra militar deveria ser anulado *ab initio*; e, mais recentemente, a determinação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n. 127.900, de se realizar o interro-

12 “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”.

13 “E M E N T A: ‘HABEAS CORPUS’ – CRIME MILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO – DELITO PRATICADO POR MILITAR FORA DE SERVIÇO CONTRA OUTRO MILITAR QUE, IGUALMENTE, NÃO ESTAVA EM MISSÃO MILITAR – EMPREGO, NAS SUPOSTAS PRÁTICAS DELITUOSAS, DE ARMA DE FOGO DE USO PARTICULAR – DESCONHECIMENTO MÚTUO, POR PARTE DO AGENTE E DA VÍTIMA, DE SUAS RESPECTIVAS CONDIÇÕES DE INTEGRANTES DAS FORÇAS ARMADAS – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR – PEDIDO DEFERIDO. Descaracteriza-se a natureza castrense do fato delituoso, se este, supostamente cometido fora de área sob administração militar, é praticado por militar que não estava em serviço, que não executava missão militar, que agiu por motivos estritamente pessoais e que empregou, na alegada prática criminosa, arma de fogo de uso particular. Consequente não configuração dos elementos e das circunstâncias referidos no art. 9º do Código Penal Militar, a despeito da condição militar de uma das vítimas, que também não se achava, tal como o agente, no momento do evento delituoso, em situação de efetiva atuação funcional e que teria sido agredida por razões absolutamente estranhas à atividade castrense. Precedentes. Impõe-se respeitar o postulado do juiz natural, que representa garantia constitucional indisponível, assegurada a qualquer réu, civil ou militar, em sede de persecução penal, mesmo quando instaurada perante a Justiça Militar da União. O foro especial da Justiça Militar da União não existe para os crimes dos militares, mas, sim, para os delitos militares, tais como definidos na legislação castrense e segundo as circunstâncias taxativamente referidas no art. 9º do Código Penal Militar (HC 102380/RJ, rel. min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 28.8.2012, *DJE* n. 17.9.2012, Órgão Julgador: Segunda Turma).

gatório ao final da instrução processual, por se entender mais benéfico à ampla defesa¹⁴.

No caso da Súmula n. 36, a partir de reiteradas decisões o Supremo Tribunal Federal, com base no entendimento de que a possibilidade de civis serem processados e julgados pela Justiça Militar deve ser restringida aos casos em que as instituições militares se veem ofendidas em atividades determinadas constitucionalmente, e segundo o disposto no

14 Nesse sentido, assim se pronunciou o noticiário do Supremo Tribunal Federal:

“STF decide que interrogatório ao final da instrução criminal se aplica a processos militares

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que se aplica ao processo penal militar a exigência de realização do interrogatório do réu ao final da instrução criminal, conforme previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal (CPP). Na sessão desta quinta-feira (3), os ministros negaram o pedido no caso concreto – Habeas Corpus (HC) 127900 – tendo em vista o princípio da segurança jurídica. No entanto, fixaram a orientação no sentido de que, a partir da publicação da ata do julgamento, seja aplicável a regra do CPP às instruções não encerradas nos processos de natureza penal militar e eleitoral e a todos os procedimentos penais regiões por legislação especial.

O caso em análise trata de dois soldados da ativa surpreendidos na posse de substância entorpecente (artigo 290 do Código de Processo Militar) no interior do 1º Batalhão de Infantaria da Selva em Manaus/AM. A Defensoria Pública da União (DPU) sustentava, em síntese, a incompetência da Justiça Militar para processar e julgar o caso, tendo em conta que os acusados já não se encontram mais na condição de militares. Alegava ainda a nulidade do interrogatório dos réus – realizado no início da instrução – e defendia a aplicação do artigo 400 do CPP, na redação dada pela Lei 11.719/2008, ao procedimento especial da Justiça Militar, como garantia do contraditório e da ampla defesa.

Voto do relator

Em seu voto, o relator do *habeas corpus*, ministro Dias Toffoli, manteve a competência da Justiça Militar para julgar e processar o feito. De acordo com ele, o crime praticado por militares na ativa em lugar sujeito à administração militar atrai a competência da Justiça castrense.

O ministro votou no sentido de negar o *habeas corpus* no caso concreto e, em consequência, manter a condenação. No entanto, reafirmou jurisprudência da Primeira Turma do STF no que diz respeito à aplicação de dispositivos do CPP mais favoráveis ao réu, garantindo o direito ao contraditório e à ampla defesa. Nesse sentido, propôs modulação de efeitos da decisão para que seja aplicado o interrogatório ao final da instrução criminal aos processos militares ainda em fase de instrução, a partir da data da publicação da ata do julgamento. Esse entendimento foi seguido pela maioria dos ministros presentes na sessão.

Divergência

O ministro Marco Aurélio também votou pelo indeferimento do pedido, no entanto, divergiu quanto à aplicação da regra do CPP à Justiça Militar. Para o ministro, deve ser observada a regência do Código de Processo Penal Militar. “Só cabe a aplicação subsidiária do Código de Processo comum ao Processo Militar no caso de lacuna, e não se tem lacuna sobre a matéria”. Segundo o ministro, o CPP “só cede às normas nele contidas para disposições constantes de convenção ou tratado de que o Brasil seja signatário”.

art. 142 da Constituição da República, vem sinalizando no sentido de que haveria um conceito material de crime militar em detrimento da construção jurisprudencial histórica do conceito de crime militar *ex vi legis*, que se estrai do disposto da conjunção do art. 124 da CR com o art. 9º do CPM¹⁵.

Com fundamento em casos da Jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos em relação a julgamentos de civis por cortes castrenses de outros Estados, assume-se a falsa premissa de que, no caso brasileiro, o julgamento de civis pela Justiça Militar ofenderia os direitos humanos, sem que se observe que, de forma diferente dos outros países, a Justiça Militar brasileira é talvez a única que seja totalmente integrada pelo Poder Judiciário¹⁶.

Entendemos que, no cerne do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal nos referidos casos, está um infundado preconceito com relação à Justiça Militar, mais em razão do regime de Força encerrado em 1988 que propriamente na sua eficiência ou imparcialidade em garantir que direitos individuais sejam respeitados na persecução penal.

O Supremo Tribunal Federal estabelece como vetor de interpretação restritiva do art. 124 da Constituição Federal o disposto no art. 142 desta, o qual, de forma nenhuma, foi estabelecido no texto constitucional pelo Poder Constituinte originário para fixar critérios de definição de competência do próprio Poder Judiciário; ou seja, passa a ser considerado crime militar cometido por civil o disposto no art. 9º, inciso III e suas alíneas, do CPM, se e somente se as Forças Armadas, como instituições ofendidas, estiverem nas suas atividades determinadas pelo art. 142 da Constituição. Tal construção não encontra respaldo normativo em nenhum texto constitucional, nem, tampouco, da lei.

Dessa forma, por um apego a preconceitos infundados e interpretação a nosso ver equivocada, o Excelso Pretório secciona a atividade e o emprego das Forças Armadas em atividades primárias e subsidiárias, tal como, aliás, o faz a Lei Complementar n. 97/1999, considerando

15 Sobre a construção jurisprudencial do conceito de crime militar *ex vi legis* vide HEICHARDT (1947, p. 69-70).

16 Sobre a abordagem falaciosa da jurisprudência das Cortes Internacionais de Direito Humanos no que diz respeito ao julgamento de civis por Cortes Militares vide Carvalho Silva (2014, pp. 161-187).

crimes militares cometidos por civis contra a Administração Militar os primeiros e como crimes comuns os segundos, como se a Administração Militar se transmudasse de instituição militar em instituição civil por um passe de mágica, pelo simples arbítrio do legislador. Tal interpretação, sobretudo no que diz respeito à atividade da Marinha como fiscalizadora da navegação marítima, fluvial e lacustre no Brasil, é bastante nociva, uma vez que retira não só da Justiça Militar da União a possibilidade de processar e julgar o crime de falso de CIR, como também da própria instituição de investigar tão complexa atividade, que somente ela tem expertise para tal.

Só o tempo dirá se a decisão do Supremo Tribunal Federal nessa matéria não implicará verdadeira impunidade no uso de CIR falsas, uma vez que os seus processos se perderão nos abarrotados escaninhos dos cartórios da Justiça Federal.

Ao nosso sentir, ao proferirem a referida decisão, os Ministros da Corte Suprema não atinaram para o fato de que o Brasil não possui guarda costeira e que a Marinha do Brasil, em extensa área do território nacional, qual seja a Amazônia, exerce importante poder de polícia ao fiscalizar a navegação na referida bacia hidrográfica, região em que as polícias civis estaduais, militares e mesmo a Polícia Federal não têm qualquer condição de exercer de forma eficaz suas missões constitucionais e, nos casos de maior relevância, necessitam de apoio das Forças Armadas para a consecução de tal desiderato.

Na mesma linha de pensamento podemos discorrer quanto à decisão no HC 102.380.

Além de desprezitar o ordenamento jurídico e a dogmática penal militar ao estabelecer um novo conceito para militar em situação de atividade¹⁷, a referida decisão é incoerente com a própria jurisprudência

17 Importante trazer à baila a lição de Célio Lobão que, com base no artigo 22 do CPM, explicita que “[...] militar em situação de atividade é o incorporado às Forças Armadas, à Polícia Militar, ao Corpo de Bombeiros, para neles servir em posto graduação ou sujeição à disciplina Militar (conf. Art. 22, supra).

Militar em situação de atividade, no serviço ativo, na ativa, pode ou não encontrar-se em serviço ou em função de natureza militar. O militar em férias, encontra-se em serviço ou em função de natureza militar. O militar em férias, licença, em momento de lazer no interior do estabelecimento militar ou fora dele, no interior de seu lar, encontra-se em

consolidada¹⁸ do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria, sendo autêntico caso de *overruling*.

Observa-se que na referida decisão atropelou-se o Poder Legislativo interpretando-se a norma de modo a fugir de seu significado, ou seja, da interpretação autêntica dada pelo próprio legislador à alínea *a* do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, que se consubstancia no art. 22 do mesmo diploma legal¹⁹.

Da mesma forma, para além da constatação de ser uma hipótese de ativismo judicial, pode-se afirmar que, mais uma vez, a Suprema Corte decidiu em detrimento dos princípios basilares das Forças Armadas, uma vez que é nefasto à hierarquia e disciplina não resguardar os militares enquanto tais em suas prerrogativas pelo só fato de não estarem em serviço ou em local sob administração militar, o que estimula o que Adriano Alves-Marreiros denomina, de forma bem humorada, de “te pego lá fora”, que subverte os referidos vetores²⁰.

situação de atividade, no serviço ativo, mas não no exercício de função do cargo militar. Militar no serviço ativo, na ativa, em situação de atividade, tem como oposto militar na inatividade, na reserva, reformado.

Logo, é militar o crime cometido por militar (da ativa) contra outro militar (da ativa), mesmo não estando de serviço [...]” (Cf. Célio Lobão. *Direito Penal Militar*. 3. ed., Brasília Jurídica: Brasília, 2006, p. 121).

- 18 Nesse sentido, o Recurso Extraordinário n. 122706, que contém verdadeiro estudo sobre o conceito de crime militar elaborado no voto do saudoso Ministro Brossard: “CONSTITUCIONAL. PENAL MILITAR. CRIME MILITAR. JUSTIÇA. MILITAR. COMPETÊNCIA. JÚRI. C.F., 1967, ART. 127; ART. 129; ART. 153, PAR-18. C.F., 1988, ART. 5., XXXVIII; ART. 122; ART. 124. C.P.M. ART. 9. II, a, I. Crime praticado por militar, em situação de atividade, contra militar da mesma situação (homicídio de um cabo da Marinha contra um cabo da mesma Força, ambos da ativa, na residência da vítima, fora de zona militar): mesmo não estando em serviço o militar acusado, o crime é militar, na forma do disposto no artigo 9., II, “a”, do Cod. Penal Militar. Competência da Justiça Militar. C.F./67, art. 129; C.F./88, art. 124. II. A Justiça Militar não comporta a inclusão, na sua estrutura, de um júri, para o fim de julgar os crimes dolosos contra a vida. C.F./67, art. 127; art. 153, par-18. C.F./88, art. 5., XXXVIII; art. 124, parag. único. III. RE não conhecido” (RE 122706 / RJ, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE rel. p/ Acórdão: Min. CARLOS VELLOSO J. 21 nov. 1990, *DJ*. 3 abr. 1992, Tribunal Pleno).
- 19 “Art. 22. É considerado militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar.”
- 20 Nesse sentido, a lição do referido autor, ao dissertar sobre o crime de violência contra inferior: “Como explicitamos, tem havido forte tendência do STF de mudar judicialmente o que os integrantes daquele tribunal entendem que deveria ter sido mudado pelo legislativo e não foi. O art. 9º do CPM teve seu texto mudado em 1996, depois em 2011 e

Por fim, quanto à recente decisão do Plenário do Excelso Pretório no *Habeas Corpus* n. 127.900, muito embora o acórdão ainda não tenha sido publicado, hão de se tecer algumas considerações.

A primeira é que não havia lacuna no Código de Processo Penal Militar quanto à matéria e, sendo assim, não havia necessidade de suprimento desta pela legislação processual penal comum, incorrendo, dessa forma, o Excelso Pretório, em desrespeito ao disposto no art. 3º do CPPM.

Além disso, não seria verdade que a realização do interrogatório no final da instrução ofende ao princípio da ampla defesa. Durante anos, o próprio Código de Processo Penal comum vigeu tendo o interrogatório como o primeiro ato da instrução após a promulgação da Constituição da República e, em nenhuma hipótese, foram anulados os processos penais comuns realizados dessa forma.

Causa também espécie a preocupação, tão somente, de que seja realizado o interrogatório como último ato da instrução e o desinteresse em outras medidas estabelecidas pelo mesmo art. 400 do CPP comum, como a defesa preliminar, a possibilidade de absolvição sumária, audiência una etc. Muito embora, ainda não se tenha conhecimento do inteiro

teve seu alcance mudado pelas Leis Complementares 97/1999, 117/2004 e 136/2010. O conceito de crime militar está longe de ser um caso de omissão legislativa, na verdade, o legislativo tem debatido e mexido constantemente no conceito. A discussão que resultou na Lei 9.299/1996 passou por propostas de várias supressões no art. 9º e restrições ao conceito de crime militar, mas, ao final só restringiu o conceito com a supressão da alínea f do seu inc. II e com o acréscimo do Parágrafo único. No caso da alínea c, até ampliou o conceito, acrescentando a hipótese de 'atuando em razão de função'. Já tratamos disso na parte geral, ao analisarmos o conceito de crime militar, parece-nos que quem melhor fala sobre tal assunto é Lênio Streck: panprincipiologismo, Katchanga etc.

Pouco se pode fazer quando se discorda das decisões de um tribunal que é o último a falar sobre determinado assunto. Quanto aos demais juízes e tribunais, no Brasil, pouco há que se fazer diante da força que tomou a Katchanga jurídica. Mas o fato é que não se trata de uma atitude do judiciário diante da desídia e omissão do Parlamento, mas uma vontade de mudar a norma aplicável ao arrepio da própria vontade do legislador, que é recente, como vimos. Quando tratamos deste artigo, temos que lembrar do velho 'te pego lá fora', que nem sempre é dito à vítima, nem imediatamente cumprido.

Entender que o crime do Código Penal Militar praticado por militar contra militar, em qualquer caso e, em especial quando os envolvidos conhecem a condição de militar um do outro causa um grande risco à hierarquia e disciplina. Sabendo que existe previsão de crime militar de violência contra inferior, o superior que quiser praticar o abuso poderá fazer isso fora do quartel e alegar que não houve motivação militar, que foi uma discussão na rua e, com isso, burlar a incidência do tipo" (ALVES-MARREIROS; ROCHA; FREITAS, 2015, pp. 1050-1051).

teor do referido acórdão, a prática de considerar apenas os aspectos mais benéficos da lei posterior é bastante criticada como indicativo de afronta ao princípio da separação dos poderes, uma vez que o Poder Judiciário, mais que interpretar, estaria legislando.

A decisão tal, como expresso na notícia do *site* do Supremo Tribunal Federal, se privilegiou a ampla defesa, por outro lado, desnaturou o devido processo legal e trouxe prejuízo à razoável duração do processo penal castrense, que deve ser célere, uma vez que não levou em conta que na grande maioria dos processos da Justiça Militar União os acuados são as praças que prestam serviço obrigatório e que logo são licenciados do serviço militar, o que torna trabalhoso trazê-los a juízo e o processo ineficaz para fins de prevenção geral, diante da tropa.

Mas, o que é mais espantoso no referido caso é o fato de que o Excelso Pretório modulou os efeitos da referida decisão que deverá ser aplicada *Erga Omnes* em sede de *Habeas Corpus*. Ora, se o ato de modular as decisões em sede de controle concentrado já é algo bastante vanguardista e discutível em nosso sistema, mesmo havendo dispositivo infra-constitucional nesse sentido²¹, a modulação da decisão em sede de *habeas corpus* é algo que extrapola tudo o que já se imaginou a respeito de controle de Constitucionalidade.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal demonstra, dessa forma, a tendência, sem a permissão do poder Constituinte Originário, de transmutar-se de um órgão do Poder Judiciário, o último por sinal, que preconizava o modelo do controle difuso de constitucionalidade, tal como o modelo americano de Marshal, para se transformar uma Corte Constitucional nos moldes do Sistema Alemão, conforme preceituado por Kelsen.

Além desse fator, que pode ser observado na abordagem pelo Supremo do ordenamento jurídico como um todo, entendemos que a principal causa do ativismo judicial, tal como demonstrado nos referidos exemplos, mais que a necessidade de o Poder Judiciário implementar políticas, o que não se observa na seara criminal, é a própria formação ideológica dos julgadores, na maioria de esquerda, que veem no Direito

21 Vide art. 27 da Lei 9.868/1999 e art. 11 da Lei 9.882/1999.

Militar, tal como tudo o que se refere à esfera castrense, como ligado à ditadura ou supressão de direitos e garantias fundamentais, o que não é verdade.

Além disso, observa-se um distanciamento das decisões, para não dizer que há desconhecimento dos referidos magistrados, para com a realidade fático-social relativa às Forças Armadas e seu emprego.

7 Considerações finais

Definidas as causas do ativismo judicial, que vão desde fatores sociopolíticos, e no qual se destaca a própria evolução do constitucionalismo e da implementação dos Direitos Humanos no Estado Moderno, perpassam por fatores técnicos, ligados ao próprio texto constitucional, os instrumentos e mecanismos conferidos pelo Poder Constituinte Reformador e pelo Legislador ordinário que favorecem a atuação política do Poder Judiciário, e chegam até a fatores socioculturais, como a maior credibilidade dos juízes em relação aos políticos, cumpre fazer uma análise crítica a respeito dos rumos que o ativismo judicial vem tomando no Brasil.

Ora, é evidente que a postura ativista nada tem de democrática. Aliás, afronta a representação democrática uma vez que, se “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”²², não é democrática, segundo a Constituição, a governança por quem não foi eleito.

Além disso, para o próprio Judiciário, o ativismo judicial passa a ser uma “espada de dois gumes” tendo em vista que, pela lógica da falibilidade humana, evidentemente não tem a chave para a resolução de todos os problemas sociais do Estado e passa, ele próprio, como uma das instituições do Estado, a ser vítima de sua própria ineficiência.

É de conhecimento público a ênfase na celeridade da prestação jurisdicional, implementada pela garantia da razoável duração do processo, dado concreto a explicitar que o próprio Judiciário também é

22 Art. 1, parágrafo único, da Constituição da República.

vítima da autopropaganda do Estado-Providência, uma vez que não dá vazão às demandas da sociedade pela prestação jurisdicional, estando em evidente colapso.

Com efeito, é necessária uma maior reflexão a respeito de qual destino se pretende tomar, sob pena de o próprio Judiciário colocar-se em descrédito e serem jogados por terra os próprios fundamentos do Estado Moderno, na medida em que, se totalmente ineficiente, de nada servirá à humanidade.

No que diz respeito ao sistema penal militar no Brasil, essa realidade também se observa, já que o ativismo judicial, além de muitas vezes impedir que a persecução criminal cumpra os fins a que se destina, acaba por desvirtuar os próprios vetores valorativos basilares em que se sustentam as Forças Armadas, causando insegurança jurídica aos militares quando da sua atuação.

Referências

ACKERMAN, Bruce. *The failure of teh founding fathers: Jefferson, Marshall ande the rise of presidential democracy*. (8 – Marbury vs. Stuart). Harvarde Univesity Press: 2005.

ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar: teoria crítica & prática*. Método: São Paulo, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BERIZONCE, Roberto Omar. Ativismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas, *Revista de processo*, ano 35, n. 190, dez, 2010, p. 40.

CANIVET, Guy. Activisme judiciaire et prudence interpretative: introduction générale. *Archives de philosophie du droit*, tomo 50, Dalloz, 2007, p. 11.

CARVALHO SILVA, Luis Felipe. Uma perspectiva atual da competência da Justiça Militar da União para o julgamento de civis. *Revista do Ministério Público Militar – Justiça Militar: passado, presente e futuro*, Ano XXXIX, n. 24, novembro de 2014, pp. 161-187.

ENGELMANN, Fabiano. Internacionalização e ativismo judicial. *Contexto Internacional*, IRI – PUC Rio, revista semestral, jan.-jun., 2007, p. 40.

FERRAZ FILHO, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. *Revista USP*, n. 21.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEICHARDT, H. Canabarro. Esboço de uma História do Direito Militar Brasileiro. *Jornal do Comércio – Rodrigues & C*, Rio de Janeiro, 1947.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism”. *California Law Review*, 2004, vol. 92, pp. 1441-1477.

LEVINSON, Satanford. Why I do not teach Marbury (except to eastern europeans) and why shouldn't either. *Wake Forest Law Review*, 2003, 38, pp. 553.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília Jurídica: Brasília, 2006.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. v. 1. Trad. Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

OSORIO, Juan Felipe Vallejo. Consideraciones acerca de la justicia y la verdad en el garantismo procesal y em el ativismo judicial. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 21, n. 81, jan.-mar., 2013, pp. 160-199.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo a desserviço da democracia. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 20, vol. 78, jan.- mar., 2012, p. 147.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: Experiências Norte-Americana, Alemã e Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito de UFPR*, 2011, n. 53, p. 58.

Obra composta em
Kepler Std e Officina Serif Std
e impressa em papel pólen 90g/m².