

REVISTA de Estudos e Debates

Volume 3 - nº 2 - jan. - jun. 2018

DIREITO PENAL EM DEBATE



CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES

Expediente:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Estudos e Debates - CEDES

Revista de Estudos e Debates

Av. Erasmo Braga, sala 413, bloco F, Lâmina I.

20.026-090 – Rio de Janeiro - RJ

cedes@tjrj.jus.br

Diagramação:

Serviço de Identidade Visual

(DGCOR \ DECCO \ CCMJ \ SEIVI)

Impressão:

Serviço de Programação e Produção Gráfica

(DGCOR \ DECCO \ CCMJ \ SEGRA)

ISSN 2525-2984

REVISTA de Estudos e Debates

Volume 3 - nº2 - jan.-jun. 2018

Diretor-Geral

Desembargador CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA

Diretor da Área Cível

Desembargador CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA

Diretor da Área Criminal

Desembargador LUCIANO SILVA BARRETO

Diretor da Área Cível Especializada

Desembargadora ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA

Juízes integrantes do CEDES

Juíza ADMARA FALANTE SCHNEIDER

Juíza ADRIANA RAMOS DE MELLO

Juíza ANA LÚCIA VIEIRA DO CARMO

Juiz ANDRÉ LUIZ NICOLITT

Juiz AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS

Juiz BRUNO ARTHUR MAZZA VACCARI MACHADO

Juiz CLÁUDIO AUGUSTO ANNUZA FERREIRA

Juiz DANIEL WERNECK COTTA

Juíza DANIELA BARBOSA ASSUMPÇÃO DE SOUZA

Juíza ELIZABETH MACHADO LOURO

Juíza EUNICE BITENCOURT HADDAD

Juíza LEDIR DIAS DE ARAÚJO

Juíza LEISE RODRIGUES DE LIMA ESPÍRITO SANTO

Juiz LEONARDO DE CASTRO GOMES

Juíza LÚCIA REGINA ESTEVES DE MAGALHÃES

Juiz LUIZ ALBERTO DE CARVALHO ALVES

Juiz LUIZ UMPIERRE DE MELLO SERRA

Juiz MARCELLO DE SÁ BAPTISTA

Juiz PAULO ASSED ESTEFAN

Juiz PAULO MELLO FEIJÓ

Juíza RAPHAELA DE ALMEIDA SILVA

Juíza REGINA HELENA FÁBREGAS FERREIRA

Juíza RENATA GOMES CASANOVA DE OLIVEIRA E CASTRO

Juíza YEDDA CHRISTINA CHING-SAN FILIZZOLA ASSUNÇÃO



Recebi do Excelentíssimo Desembargador CAETANO ERNERTO DA FONSECA COSTA, Diretor-Geral do Centro de Estudos e Debates - CEDES, a honrosa incumbência de fazer a apresentação da sexta edição de sua Revista, (Volume III; nº 2; jan./jun. 2018) integralmente dedicada à matéria penal.

O CEDES, órgão da Presidência, é composto por um Diretor-Geral; três Diretorias, distribuídas em áreas: Cível, Criminal e Cível Especializada; por 24 Juízes, divididos em suas respectivas esferas de atuação e por uma secretaria administrativa. Sua finalidade é promover, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, estudos e debates sobre questões de Direito hodiernas e relevantes, que apresentem controvérsia na doutrina e na jurisprudência, visando à unificação de entendimentos e formas de interpretação.

A Revista, editada em formato eletrônico e em versão impressa de reduzida tiragem, periodicamente, vem se destacando no cenário jurídico e acadêmico, pelo caráter científico, assim como pela qualidade, profundidade e atualidade dos temas que são abordados, em consonância com a sua missão institucional.

Não se olvida que a sociedade globalizada vivencia uma grande evolução em todos os seus matizes, com mudanças profundas de paradigmas, e o campo jurídico não se acha imune a essas galopantes transformações.

Por esse prisma, vêm ocorrendo constantes alterações e inovações na legislação, com a criação de novas leis. No mesmo compasso, segue a jurisprudência, até mesmo pacificada e consolidada em verbetes de súmulas dos tribunais de segunda instância e superiores.

Essas alterações e inovações impõem, aos profissionais do campo jurídico, a necessidade de contínua atualização, reciclagem e aprimoramento. Nesse aspecto, sobressai a importância de um Centro de Estudos e Debates, na estrutura orgânica de um Tribunal de Justiça.

Para tanto, o CEDES, através de suas Diretorias de Áreas, realiza reuniões com Magistrados, nas quais são discutidas e debatidas as alterações e inovações na órbita legislativa, tal como as posições divergentes dos Tribunais. Com o escopo de unificar entendimento, ressalte-se também a formulação de propostas de criação de verbetes da Súmula de Jurisprudência Predominante, a título de orientação para os diversos órgãos julgadores, e de aperfeiçoar a prestação jurisdicional, que constitui a missão precípua do Poder Judiciário.

O presente volume reúne excelentes estudos, muito pertinentes e oportunos, no momento, para a comunidade jurídica, relativos a assuntos diversos, na sua maioria, sobre temas que sofreram modificações ou inovações nas esferas legislativa, doutrinária e jurisprudencial, sobretudo nas Cortes Superiores.

Em “Considerado culpado eleitoral”, o multisciente Desembargador Antonio Carlos Esteves Torres, num tom filosófico, com viés sociológico e histórico, traça, em interessante estudo, o paralelismo entre o fator interpretativo do preceito mandamental da presunção de inocência e a mudança de posição do STF, que possibilitou a prisão do condenado depois de esgotadas as vias impugnativas em segundo grau; e o faz, o renomado Desembargador, em vista da repercussão deste entendimento na situação moral, social, econômica, jurídica e eleitoral de nosso país.

Urge observar não ser novidade a mudança do enfoque interpretativo de normas da Carta Política e legais. Nesse aspecto, matérias que perduraram remansosas por longo período de tempo, na Suprema Corte, sofreram novo olhar, além daquela realçada pelo estudo do insigne Magistrado, dentre outras, o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, na sua redação original, que impunha a obrigação de fixação do regime integralmente fechado para o cumprimento da pena, na condenação por crime hediondo ou equiparado, a exemplo do crime de tráfico de drogas, tendo aquele Sodalício mudado o seu entendimento para declará-lo inconstitucional.

O Juiz Paulo Cesar Vieira de Carvalho Filho, douto Magistrado da Justiça Fluminense, confronta o teor de ato regulamentar emanado do Conselho Nacional de Justiça (Resolução do CNJ nº 217/2016), com as normas da Carta Magna que impuseram o sistema acusatório e atribuíram, de forma privativa, ao Ministério Público, a titularidade da ação penal pública. Além deste confronto, cotejou também os dispositivos do mencionado ato com as normas legais que traçam regras de competência e de tipificação penal.

O ínclito Juiz Anderson de Paiva Gabriel, também Magistrado integrante da Justiça Fluminense, em originalíssimo estudo, analisa o processo dosimétrico da pena, na figura típica do latrocínio (artigo 157, § 3º, inciso II), na hipótese de haver circunstância(s) especial(is) de aumento, elencada(s) nos incisos do § 2º, daquele dispositivo, ambos do CP, em sintonia com a visão do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal e da doutrina.

O Juiz Eduardo Perez Oliveira, ilustre Magistrado da Justiça Goiana, revisita o tema da fixação do valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido (artigo 387, inciso IV, do CPP, com a redação da Lei nº 11.719, de 23/06/2008). Mesmo após um decêndio de sua instituição no ordenamento processual penal, a matéria ainda apresenta sérias controvérsias. O douto Juiz direciona as suas lentes para a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tal como para a doutrina, perscrutando sobre a indenização integral pelos danos materiais e a compensação pelo imaterial, incluindo ainda a forma coletiva, além da ampliação do conceito de vítima.

A renomada Defensora Pública e Professora Rosângela M. A. Zagaglia, com esmero e profundidade, discorre sobre os problemas atinentes ao Sistema de Garantia de Direitos das Crianças e dos Adolescentes. Sob o foco da doutrina da proteção integral, apresenta sua evolução histórica no Brasil e em outros países, numa visão sociológica, filosófica e antropológica, abrangendo os princípios correlatos, inseridos na CRFB, no ECA, bem como em Tratados, Convenções Internacionais, Declarações Universais de Direitos, com sustentáculo no correlato pensamento de consagrados doutrinadores nacionais e estrangeiros. Embora supere o limite de laudas imposto pelas “normas de publicação” da Revista, tão abrangente estudo levou a Comissão Editorial do

CEDES a abrir uma exceção, de modo a permitir, neste volume, a inclusão do trabalho da ilustre Defensora, com que se encerra a presente edição.

Nos dois artigos que versam sobre idêntico tema, seus autores, Décio Alonso Gomes, Promotor de Justiça de nosso Estado e Pedro Rabello Mariú, assistente jurídico do MPRJ, em trabalho conjunto, e Aury Lopes Jr., nome que dispensa apresentações, descortinam, com a maestria que lhes é peculiar, as modificações introduzidas no Código Penal Militar, pela Lei nº 13.491/2017, com reflexos também no processo penal militar. Ao ampliar sobremaneira o conceito de crime militar, fonte de apreensão para esse ramo da jurisdição, o novo diploma desloca a competência de figuras delitivas, antes julgadas pela Justiça Comum e pelo Tribunal do Júri, para a Castrense, nas hipóteses que elenca.

Não se descure que a matéria se afigura tormentosa e acarretará inevitavelmente muita discussão. Impressiona o fato de a alteração de um único dispositivo do Código Penal Militar ocasionar verdadeiro reboiço no regramento jurídico penal, tanto no direito material como processual e, também, no aspecto da competência jurisdicional, atingindo conceitos, institutos, posicionamentos consolidados nos Tribunais Superiores e que não geravam qualquer controvérsia.

O ilustre advogado Fernando Lúcio Esteves de Magalhães aborda a faceta da questão econômica dos crimes ambientais, de forma concisa, traçando um paralelo entre o lucro obtido com a atividade que, conscientemente, devasta o ecossistema, derruindo seu equilíbrio, e as situações em que a sanção cominada se mostra menos onerosa para a sociedade empresarial responsável pela prática poluidora, furtando-se ao incremento de providências no sentido de que a degradação seja evitada.

Por oportuno, urge lembrar que, outrora, não havia uma preocupação mais intensa quanto à necessidade da preservação do meio ambiente. Tal disciplina não era tratada com a atenção devida e nem observada a sua importância no contexto mundial. No Brasil, a matéria ganhou relevância com a promulgação da Constituição de 1988, que instituiu, em seu Capítulo VI, encabeçado pelo artigo 225, o parágrafo terceiro, a responsabilidade penal, além da civil e administrativa, para as pessoas físicas e jurídicas que pratiquem condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

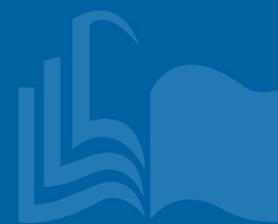
Com essa gama de assuntos, tratados por nomes de relevo, à luz da particularidade de visões, decorrentes do lugar que cada autor ocupa no campo jurídico nacional, pretendeu-se, sem a pretensão de esgotar os temas, levar ao leitor o que tem sido a tônica das discussões em nosso Centro de Estudos. Desejando a todos uma boa leitura, esperamos haver contribuído, de alguma forma, para a ampliação dos debates.

Luciano Silva Barreto

Desembargador integrante da Quinta Câmara Criminal do TJRJ e Diretor da Área Criminal do CEDES

Rio de Janeiro, Julho de 2018

SUMÁRIO



CONSIDERADO CULPADO ELEITORAL	15
Antonio Carlos Esteves Torres	
CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESOLUÇÃO 217, DE 16 DE FEVEREIRO DE 2016, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	23
Paulo Cesar Vieira de Carvalho Filho	
QUESTÃO TOPOGRÁFICA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A DOSIMETRIA DO CRIME DE ROUBO	33
Anderson de Paiva Gabriel	
A REPARAÇÃO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA: O CONCEITO AMPLO DE OFENDIDO E DA EXTENSÃO DOS DANOS	57
Eduardo Perez Oliveira	
O CONCEITO DE CRIMES MILITARES E SEUS REFLEXOS PROCESSUAIS: DO “UNIVERSO PARTICULAR” DOS CRIMES MILITARES PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS AO “JUÍZO UNIVERSAL” DA AUDITORIA DE JUSTIÇA MILITAR	75
Décio Alonso Gomes e Pedro Rabello Mariú	
LEI 13.491/2017 FEZ MUITO MAIS DO QUE RETIRAR OS MILITARES DO TRIBUNAL DO JÚRI ..	109
Aury Lopes Jr.	
A ANÁLISE ECONÔMICA DO CRIME NA SEARA AMBIENTAL	115
Fernando Lúcio Esteves de Magalhães	
AS VÁRIAS FACES DA PROTEÇÃO INTEGRAL	125
Rosângela M. A. Zagaglia	

ARTIGOS



CONSIDERADO CULPADO ELEITORAL

Antonio Carlos Esteves Torres¹

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Para este cânone constitucional, termos e expressões chamam ao debate: culpado e trânsito em julgado.

No cotejo entre os ramos jurídicos, cível e criminal, estes conceitos têm as mesmas bases teóricas: a culpa, o caminho comportamental em direção ao dano infligido a outrem ou ao cometimento da infração penal, via negligência, imprudência, imperícia.

O trânsito em julgado, como os mais acreditados cientistas do direito afirmam, é o estado da decisão de que não cabe mais recurso.

A objetividade dos parâmetros e efeitos, portanto, se encontra na linha limítrofe entre os universos cíveis e penais.

Para o STF, o culpado, concluído o julgado de segundo grau, está sujeito à execução da pena a que fora condenado, independentemente, da largueza e alcance do instituto. Tudo muito distante da possibilidade de compreensão do povo em geral.

Os ministros que modularam o entendimento do que consta do art. 5º, LXVII, da CRFB, para se iniciar a execução da pena imposta, revisitaram doutrinas e teorias que transitaram pela técnica jurídica, pelo confronto entre os anseios sociais e o princípio da presunção de inocência, com reexame da semântica do vocábulo culpado e a extensão interpretativa do fenômeno da coisa julgada.

Neste caminhar hermenêutico, os Senhores ministros, não todos, - o julgamento fora por maioria -, reconheceram a lástima em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro, ainda

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Presidente do Fórum Permanente de Direito Empresarial da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ; Ex-chefe da Divisão Jurídica do Banco Central do Brasil, no Estado do Rio de Janeiro; Advogado na CVM; ILI – Pós-graduação Georgetown University Washington DC; Mestre em Direito na linha de pesquisa de Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá (2006); CAEPE-ESG (2010); Ex-diretor executivo do CEDES (2015-2016).Expositor na Escola Superior de Guerra.

brutal para a parcela desfavorecida dos cidadãos, especialmente negros e pobres. As prostitutas só se vulnerabilizam, diante deste fator de desigualdade, quando pretas e rueiras. As de alto luxo, em qualquer lugar do planeta, muita vez, ornamentam respeitáveis salões e divertem autoridades de alto coturno. Uma, aliás, está a ameaçar o prestígio moral do chefe da ainda mais poderosa nação do mundo, como ocorreu no fim da primeira metade do século passado com o respeitável Sr. Profumo, cliente da Madame Christine Kelly e Secretário de Estado (da Guerra!!!!!!!) do Governo Haroldo Macmillan. Portanto, até aqui, nada de novo sob o sol.

O ponto técnico mais incisivo do movimento judiciário brasileiro foi o relativo ao completo exame das provas em segundo grau, mecânica afastada da engrenagem dos Tribunais Superiores, por conta de cujos recursos acrescentam-se ao trâmite processual anos e anos, o que assegura a impunidade dos detentores do poder, como disse, ainda no sábado passado (sete de abril), a alunos de Harvard e Massachusetts Institute a Senhora Procuradora Geral da República.

Sem ingressar no mérito da discussão, até porque, são diversos os fundamentos para a imposição da pena com o julgamento em segundo grau de jurisdição ou não, desde as que se dão em flagrante delito, até as preventivas, civis, temporárias... a parcela do argumento que mais se destaca é a que se prende ao fato de se submeterem à custódia os cidadãos antes imunes a ela. Não raro, ocorre o fenômeno da prescrição que isenta o réu do cumprimento da pena.

Talvez, os julgadores dos Tribunais Superiores, embora no fundo de seu íntimo tenham produzido razões imperscrutáveis para chegarem à conclusão que seduziu a maioria, a exemplo dos pensamentos de Ihering², não perderam de vista a definição de delito, crime ou contravenção, ato contrário à lei penal, diante de infrações puníveis com outro tipo de sanção que não a da supressão da liberdade. Neste particular, a frase do autor alemão é objetiva: "... o delito, assim como se define, é um ato contrário à lei penal, e ameaçado por uma pena pública". Na ocasião, início do século XX, considerava-se, como ainda se considera, delito o afastamento dos caminhos prescritos pela lei, e infração, termo mais genérico, a ruptura da ordem estabelecida.

Em conclusões que esclarecem o paralelismo entre a quebra da regra penal e a da civil, Ihering, cujos conceitos e fundamentos serviram de alicerce à construção teórica de grande parte do ordenamento jurídico nacional, assevera: "Mas a ordem jurídica açambarca, também, o direito privado, que a seu turno...", salvo o caso de débito alimentar, "... não é sancionável através de penas...", restritivas de liberdade: "...nem sempre o ato ilegal é uma infração. Da mesma forma, vale outra definição, que caracteriza o delito como uma revolta do indivíduo contra a *vontade geral*".³

Este comentário aligeirado vem a título de sustentar particularidades que ajudam a entender como alguns cidadãos conseguem escapar da aplicação de penalidade, seja pelo abuso recursal, hoje, reconhecidamente excessivo, seja, ainda que já recolhido a estabelecimento penal, interno, pelo caminho dos tipos penais, especialmente, no caso de fuga (há casos notórios de o condenado deixar o estabelecimento penal pela porta da frente, sem que ninguém o incomode, embora, não se tratando de evasão, quase sempre, por força de participação de funcionário público, sob cuja guarda está a pessoa presa ou submetida à medida de segurança (Artigos 351 e 352, do Código Penal).

2 VON IHERING, Rudolf. **Evolução do Direito**. Paris, Lib. A. Marescoq, 1901, p. 317/318.

3 Ibid., p. 318.

Mas há uma ou outra circunstância a merecer comentário: a falta de intimidade de agentes especializados na repressão ou punição com os meandros de institutos afastados do campo mais comum dos tipos penais mais conhecidos, lesão corporal, homicídio, furto, roubo.

Quando da edição da Lei nº 6.024, de 13.03.74, os então advogados do Banco Central do Brasil estiveram a esclarecer o que era a intervenção extrajudicial de instituições financeiras e por que não se aplicaria diretamente a Lei de falência, na ocasião, o Decreto-lei nº 7.661/45, cujas consequências seriam mais danosas ao interesse público do que a intervenção, cuja inexistência de prejuízo operacional, como se extrai do art. 44 daquele diploma específico das tratativas de instituições financeiras, habilitaria o arquivamento do feito e a continuação dos negócios. As instituições financeiras, é bom lembrar de forma quase simplória, trabalham com o dinheiro alheio. O bom sucesso de seu desempenho interessa aos clientes que, como se colhe do art.17, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e do art. 1º da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, entregam seus recursos à captação (coleta), intermediação, ou aplicação da instituição financeira.

Daí se extrai uma das mais intrincadas miscelâneas científicas em que os ramos econômico e penal da ciência jurídica se encontram. Vejam que a Lei nº 7.492/86, que criminalizou comportamentos praticados na seara dinheiral, a alargar o conceito de tipo na ambiência das instituições financeiras, via de inclusão expressa, atividades outras além das meramente monetárias e bancárias, em plena confirmação do que já era previsto no Parágrafo Único da Lei da Política Monetária: “Para os efeitos desta Lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual”.

É também digno de nota o fato de as circunstâncias de ampla influência no interesse social se manterem sob a vigilância dos Poderes da República, na configuração da prática penal devidamente tipificada. É o resultado direto da obrigação agasalhada pelo art. 40, do Código de Processo Penal, na determinação ao juiz que remeta ao Ministério Público a verificação, em autos ou papéis, da existência de crime de ação pública.

Nesta altura, é de se ressaltar a importância dos produtos da criatividade, estes bens intangíveis e de grandes resultados sociais e econômicos, perante a Constituição Federal, cujo art. 5º, XXVII a XXIX, os eleva à categoria de direitos fundamentais, protegidos os autores de obras, literárias ou artísticas; invenções, marcas e conseqüências, como a concorrência desleal.

A especificidade desses bens exige do intérprete a mais profunda das capacidades para o reconhecimento da natureza de cada um. A circunstância da especialidade fez transportar do Código Penal para a legislação esparsa, como se verifica nas Leis nº 9.279, de 14.5.996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, e 9.609, de 19.02.98, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual.

Este resumo tem por escopo fazer lembrar o profissional do direito que a competência das Varas Empresariais, que antes só tratavam de falências e concordatas, passaram a conhecer de questões desta ordem e decidi-las, além da propriedade intelectual, industrial; as sociedades comerciais; o direito marítimo, com a imensa tipicidade que integra o Direito Empresarial e, conseqüentemente, o exame das particularidades penais a ele coligadas, para o devido encaminhamento dos fatos e seus corolários identificados nesta conjuntura.

A rigidez na aplicação da lei penal tem suas particularidades. Como ficou assentado no início do trabalho, as autoridades reconhecem que, na dependência do nível social, étnico, intelectual, econômico, estão elementos, psicologicamente ou não, levados em consideração pelo julgador.

O legislado, em geral, não consegue ajustar o comando geral materializado na lei aos objetivos sociais pretendidos. Está neste fato uma das funções mais importantes dos intérpretes do ordenamento jurídico. O texto inaugural faz expressa referência às circunstâncias que envolvem a aplicação de penalidades como resultado confirmatório de condenação em segundo grau. Os recursos interpostos perante os Tribunais Superiores não configuram, como só os leigos e desprovidos de conhecimento técnico possam pensar, terceira instância. O Supremo Tribunal Federal, no caso de Recurso Extraordinário (art. 102, III) e o Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de Recurso Especial (art.105, III), ocupam-se da regularidade da vida constitucional e infraconstitucional, nos casos de contrariedade de tratados ou lei federal, afastados da ambiência da prova. Para esses Tribunais, fica o exame da exata interpretação da Lei Fundamental e de seus consectários.

Francesco Carnelutti⁴, num momento da metade do século passado, ainda que sem imaginar a configuração psicológica que cerca a técnica da aplicação da pena, com as etapas de domínio complexo dispostas no artigo 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social do agente; motivos e circunstâncias do crime), demonstrava uma certa desesperança, em trabalho conhecido como “A Morte do Direito”, com reflexões sobre a ordem ética e o ordenamento jurídico, dentre as quais destaca-se: “O direito natural, enquanto opera por intermédio da consciência, não tem necessidade nem do juiz nem da polícia – indispensáveis, pelo contrário, ao direito positivo. Mas o juiz e a polícia –vê-se cada vez com mais clareza – são impotentes para impedir a guerra, que é a negação do direito, quando os sujeitos do conflito superam certas dimensões.”

A despeito de não se poder falar propriamente em guerra ou terrorismo, para o momento nacional, o legislador brasileiro, mesmo diante dos problemas eleitorais que o elevam às casas legislativas, sob domínio inegável da corrupção, aqui e ali, atua com alguma consciência no combate à crise social com que o país se defronta, especialmente, em grandes centros, com resultados muito semelhantes aos das guerras típicas entre nações. É o caso, por exemplo, da Máfia italiana, que se espalhou no mundo, ou dos Comandos de bandidos tupiniquins, que agem de dentro dos presídios, sem constrangimentos maiores.

O Brasil ainda vive a cruel contradição entre o poder do povo e seu desvirtuamento, através dos caminhos econômicos e das diferenças sociais. Sobre este capítulo, tivemos a oportunidade de expor em trabalho realizado no CEDES: “Todos sabem que os fatos da vida, depois que mergulhamos no universo profissional de julgador, passam pela peneira jurídica automática. Inevitavelmente, diante desta imposição do destino”⁵, o magistrado, obrigatoriamente, examina e reexamina o mundo jurídico em todas as suas vertentes. A estrutura social comandada pelos princípios constitucionais tem, entre outros alicerces do Estado Democrático de Direito, a confi-

4 CARNELUTTI, Francesco. **A Morte do Direito**. Belo Horizonte, Editora Líder, s.d.

5 ESTEVES TORRES, Antonio Carlos. **Tolerância, Razoabilidade e Proporcção**. <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186838/tolerancia-raz-proporcao-1.pdf>

guração da cidadania, em feliz definição, o direito a ter direito. Neste quadrante, o cidadão tem direito a votar e ser votado, a forma materializada da soberania popular, hoje resumida textualmente no art. 1º, §1º, da Lei Fundamental: Todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição.

Diante das dimensões desses fatores, o espírito protetor dos princípios que regem a cidadania aconselhou a criação da Justiça Eleitoral, no início da década de 30 do século passado para organizar e controlar os procedimentos de eleição de candidatos, garantindo a lisura dos pleitos e da própria democracia, como sustento do Estado de Direito.

Adriano Soares da Costa⁶, no seu “Instituições de Direito Eleitoral” tem a coragem de lembrar que “... nossa legislação flutua ao sabor dos interesses políticos dominantes, temos um emaranhado de leis editadas em épocas e circunstâncias políticas muito diferentes, elaboradas em regime de exceção e em períodos ...” outros “... mais recentes. Por isso, não raro, as normas colidem entre si, ou deixam as mais perigosas lacunas, originando incertezas e inseguranças...” Se, por um lado, o limite máximo de dois biênios consecutivos para os juizes eleitorais aponta para a dificuldade perpetuadora de sistemas administrativos, por outro, até que o magistrado se acomode à sistemática da condução dos pleitos, o tempo impede que aquelas mazelas acima apontadas pelo jurista se diluam, ainda mais que, a cada período, técnicas e estratégias se opõem aos critérios formalizados e não raro os fragilizam, via de solércia e prática enganadora, impossíveis de serem eliminadas totalmente.

Neste ambiente, os fatos se multiplicam. Leiam os jornais e, diariamente, agora, surge a notícia de uma modalidade transgressora das regras que torna todos os participantes iguais em condições. O poder econômico é capaz de pagar pelo voto, sem que o seu beneficiado precise sequer usar de discurso. Instituições consideradas isentas de préstimo a transgressores se ocupam de suas atividades naturais, para deixar surgir a imagem do candidato, numa mensagem de cumprimento em aniversários, féretros, comunhões, casamentos, e assim por diante.

O menos favorecido, que não pode pagar por galhardetes, bandeirolas, faixas, ou os chamados “santinhos”, embora tenha prestígio social, em seu ramo de atividade ou mesmo em algumas comunidades, sem qualquer oportunidade de disputa, é cooptado, mediante compromissos que lhe ceifam a autenticidade representativa.

Os Tribunais Eleitorais estão a par dessas circunstâncias e lutam para evitar que o processo se desvirtue, embora, faltos de quantidade bastante de agentes capacitados, afrontados pela imensa difusão de jeitos e maneiras de driblar o ordenamento jurídico, acabam obrigados a uma disputa desigual, cujos efeitos se refletem no sagrado direito democrático em que se apoiam os projetos gestores do país.

O armamento utilizado pelos facínoras é de calibre e natureza idênticos aos que algumas forças internacionais se utilizam e as estratégias que os inspiram se aproximam das organizações militares. Esta voracidade incontida, com amplas possibilidades de virem da atuação de conhecidos parlamentares, é sabidamente sustentada por renda advinda, em grande parte,

6 DA COSTA, Adriano Soares. **Instituições de Direito Eleitoral**. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2016, p. 281.

do comércio com droga, prostituição, jogo ilegal, e outros crimes cometidos também por correigionários eleitorais imbatíveis, porque asseguram o ganho em troca de impunidade e favores originados do poder eleito. Quem se opõe paga com a vida ou com a integridade física, registra a história, seja Trotski, Kennedy, Luther King, Aldo Moro, Skripal, Celso Daniel ou Marielle.

A legislação, a hermenêutica, a doutrina, a jurisprudência e todo o movimento configurador da materialização do direito acompanham a elaboração e a aplicação das normas e regras condutoras da evolução social. Os princípios permanecem: viver honestamente, não fazer mal a ninguém, dar a cada um o que é seu. Mas vão a desaparecer na diluição da alma, na artificialidade dos usos e costumes, na indiferença pelo real significado da vida, resumido no significado da prisão do culpado que se atreveu a desafiar esses conceitos.

Para quem possa pensar que esses malefícios sejam características de nossos equívocos e desvios ditados pela formação do povo brasileiro, recomenda-se a leitura de um livro, a exemplo de outros que tratam da verdade verdadeira. Diz o autor, J. K. Galbraith⁷: “Nos dias de hoje, a intrusão no que se chama setor público pelo setor ostensivamente privado tornou-se lugar comum”, desapareceu, *The Brethren – A Irmandade* - examina-se que os autores, Bob Woodward (o mesmo do Watergate) e Scott Armstrong, sem qualquer juízo de valor declaram com todas as letras “... que os motivos ocultos dos autores das decisões, tanto no Tribunal (Supremo) quanto na Casa Branca podem ser tão importantes quanto as decisões em si próprias”.

Plus ça change, plus c'est la même chose. Não há grandes diferenças entre as comunidades sociais, cada vez mais iguais, quando se trata de reconhecer o fato inegável, ou quase, de que os mais fortes continuam mais fortes e os mais fracos se acomodam em aparentes melhoras que os mantêm na mesma proporção de fraqueza. Mas esta é uma outra história.

Por enquanto, para reflexões sobre o cânone inaugural e a fórmula interpretativa que lhe emprestou o STF, fiquemos com as palavras finais de Tullio Ascarelli⁸, em seu “Panorama do Direito Comercial”: “Deve o jurista reconhecer por isso o real alcance e função de institutos e princípios; deve cuidar de seu tecnicismo jurídico com rigor e constância, não tendo medo de raciocínios lógicos, complexos e sutis”.

7 GALBRAITH, John Kenneth. **The Economics of Innocent Fraud**. Boston, Houghton Mifflin Company, 2004.

8 ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**. Sorocaba, Ed. Minelli, 2007, p. 154.

REFERÊNCIAS:

ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**. Sorocaba, Ed. Minelli, 2007;

CARNELUTTI, Francesco. **A Morte do Direito**. Belo Horizonte, Editora Líder, s.d;

DA COSTA, Adriano Soares. **Instituições de Direito Eleitoral**. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2016;

ESTEVES TORRES, Antonio Carlos. **Tolerância, Razoabilidade e Proporção**. <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186838/tolerancia-raz-proporcao-1.pdf>;

GALBRAITH, John Kenneth. **The Economics of Innocent Fraud**. Boston, Houghton Mifflin Company, 2004;

VON IHERING, Rudolf. **Evolução do Direito**. Paris, Lib. A. Marescoq, 1901.

[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)

CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESOLUÇÃO 217, DE 16 DE FEVEREIRO DE 2016, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - ATUAÇÃO DO JUIZ NO CASO DE QUEBRA DE SEGREDO DE JUSTIÇA RELATIVO ÀS INTERCEPTAÇÕES DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E DE SISTEMAS DE INFORMÁTICA E TELEMÁTICA.

Paulo Cesar Vieira de Carvalho Filho¹

SUMARIO: 1- CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA. 2- FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO JUIZ E SISTEMA ACUSATÓRIO. 3- DA OBRIGAÇÃO DE REQUISIÇÃO JUDICIAL DE INVESTIGAÇÃO NO CASO DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 10, DA LEI 9296/96 E DE FISCALIZAÇÃO DE SEU ANDAMENTO OU QUE JUIZ INQUISIDOR É ESTE? 4- DA VIOLAÇÃO DO FORO POR PREROGATIVA DE FUNÇÃO E DA ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, DO PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA OU DO PROCURADOR REGIONAL DA REPUBLICA. 5- CONCLUSÃO.

1- CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA:

Em nove de setembro de 2008, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 59, esclarecendo na ocasião que tal ato normativo “disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei 9296, de 24 de julho de 1996”.

Em 16 de fevereiro deste ano de 2016, a partir de provocação formal do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução 217, alterando os artigos 10, 14, 17, 18 e 19, da Resolução CNJ nº 59, de 9 de setembro de 2008.

Registre-se, que no considerando inicial se faz a transcrição parcial dos termos do ofício encaminhado pelo Conselho Federal da OAB, nos seguintes termos:

“(...) tornando-se obrigatória aos juízes a determinação de investigação, dirigida aos órgãos competentes, sempre que houver vazamento seletivo e ilegal de dados e informações sigilosas constantes de procedimentos investigatórios”.

¹ Juiz de Direito Titular da 17ª Vara Criminal do TJRJ.

Notório que a provocação formal da OAB tem relação com a denominada “Operação Lava Jato” e sua cobertura pela mídia.

A presente análise se circunscreve a nova redação do artigo 17 e de seus dois parágrafos, inseridos na Seção IX, com o título “ DA OBRIGAÇÃO DE SIGILO E DA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS”.

2- FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO JUIZ E SISTEMA ACUSATÓRIO.

De início, destaca-se a garantia do juiz natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, CF), em seus três aspectos, a exigir a investidura na forma constitucional do magistrado no cargo, a observância das normas de distribuição de competência e a vedação do processo e julgamento por órgão criado após o fato.

Para além do juiz natural, também se faz necessário um juiz imparcial, como aspecto estrutural do devido processo legal, abrangidas aqui a imparcialidade subjetiva e objetiva.

A primeira delas vem tratada nos artigos 252 e 254, do Código de Processo Penal e deriva, em síntese, da relação do juiz com as partes.

Por sua vez a imparcialidade objetiva, justamente a que nos interessa mais diretamente nesta análise, decorre da relação do juiz com o fato que é objeto do processo, a qual não é um princípio expresso na Carta Magna, mas consta na Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8º), do qual o Brasil é signatário.

Elucidativo neste aspecto o voto do Ministro Cezar Peluso no HC 94.641/BA, **verbis**:

“Caracteriza-se, portanto, hipótese exemplar de ruptura da situação e imparcialidade objetiva, cuja falta incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida, em relação a qual a incontornável predisposição psicológica nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente incompatível com a exigência de exercício isento de função jurisdicional. Tal qualidade, carente no caso, diz-se objetiva, porque não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de *originalidade* da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Como é óbvio, sua perda significa falta da isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional...”

Destaca-se do voto o aspecto da **originalidade da cognição** como pressuposto de higidez da atividade jurisdicional.

Não é por outro motivo que o sistema predominantemente acusatório derivado do processo penal constitucional, originado pela Constituição de 1988, delimitou de forma cuidadosa as atribuições do Ministério Público e inseriu logo no primeiro inciso do artigo 129, a exclusividade do **Parquet** na promoção da ação penal pública.

A partir dos princípios constitucionais conformadores de um processo de partes e dos poderes conferidos ao Ministério Público, não mais se admite qualquer atuação do juiz capaz de macular sua imparcialidade, frise-se, estrutura básica de um devido processo legal.

Como exemplo que de forma direta interessa a este trabalho invocamos o artigo 5º, inciso II, do Código de Processo Penal, **verbis**:

Nos crimes de ação pública o inquérito será iniciado:

...

II- **mediante requisição da autoridade judiciária** ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Escrevendo ao tempo do Código, Eduardo Espínola Filho, ensina que “é de toda evidência que, recebendo requisição dos órgãos da justiça, para abertura de um inquérito, à autoridade policial cumpre dar-lhe imediata satisfação, sem se justificar qualquer dúvida, pois à polícia não cabe discutir determinações judiciárias” (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Vol. I, pág. 320/321).

Evidente a distinção entre requisição e requerimento, sendo a primeira ordem, determinação, cabendo ao seu destinatário a imediata instauração do inquérito.

Sobre o tema a lição de Fauzi Hassan, no sentido de que: “nada obstante, esse poder/dever atribuído pelo Código se choca com a estrutura constitucional do processo penal que tem como consequência o distanciamento do Magistrado de temas de mérito da investigação, resguardando-lhe o papel de garantidor...” (Código de Processo Penal, pág. 45).

Sendo a requisição uma ordem, estaria o Magistrado, vislumbrando a prática de crime, em verdade, deflagrando a persecução penal através de inquérito policial, com evidente comprometimento da imparcialidade e violação ao devido processo legal.

Frise-se, que ao analisar o fato, concluir pela ocorrência de crime e determinar a instauração de inquérito, o juiz perde a originalidade da cognição, essencial ao exercício da jurisdição, maculando de forma grave a imparcialidade.

3- DA OBRIGAÇÃO DE REQUISIÇÃO JUDICIAL DE INVESTIGAÇÃO NO CASO DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 10, DA LEI 9296/96 E DE FISCALIZAÇÃO DE SEU ANDAMENTO OU QUE JUIZ INQUISIDOR É ESTE?

Não obstante uníssona doutrina aponte a desconformidade da requisição por magistrado de investigação criminal, com o sistema acusatório, decorrente dos princípios constitucionais, com reflexos no processo penal, o artigo 17, parágrafo primeiro, da Resolução 217, do Conselho Nacional de Justiça, impõem tal atuação ao juiz, “sob pena de responsabilização”, e seu parágrafo segundo determina que o magistrado fiscalize o andamento da investigação.

O dispositivo tem a seguinte redação, **verbis**:

“artigo 17. Não será permitido ao Magistrado e ao servidor fornecer quaisquer informações, direta ou indiretamente, a terceiros ou a órgão de comunicação social, de elementos sigilosos contidos em processos ou inquéritos regulamentados por esta Resolução, ou que tramitem em segredo de justiça, sob pena de responsabilização nos termos da legislação vigente.

Parágrafo 1º- No caso de violação de sigilo de que trata o **caput** deste artigo, por integrantes do Poder Judiciário ou por membros de outras instituições, dentre as quais a polícia, o Ministério Público e a advocacia, o Magistrado responsável pelo deferimento da medida requisitará a imediata apuração dos fatos pelas autoridades competentes sob pena de responsabilização.

Parágrafo 2º - Decorrido prazo razoável, o Magistrado solicitará informações sobre o andamento das investigações.”

Invocamos aqui os argumentos expostos no item 2, destacando que a redação do parágrafo segundo reforça o indevido papel de membro do Ministério Público conferido ao juiz por tal artigo e parágrafos.

Saliente-se, ainda, que o **caput** do artigo 17, veda o vazamento do teor das interceptações, quando é isto exatamente o que faz o tipo penal do artigo 10, da Lei 9296, desde de sua vigência, no ano de 1996.

Aliás, tal dispositivo prevê pena de dois a quatro anos de reclusão e multa, justamente para quem “quebrar segredo da Justiça”.

Aspecto curioso no caso presente é que o requerimento que deu origem a redação do artigo 17 e seus parágrafos, tenha partido do Órgão de Classe dos Advogados, em cujo ofício se pugna por uma atuação do juiz que de forma irrefutável compromete sua imparcialidade.

Mais curioso o fato de que respeitadas advogados criminalistas redigiram recente manifesto contra a condução da mesma “Operação Lava Jato”, do qual destaco o seguinte trecho:

“(…) O desrespeito à presunção de inocência, ao direito de defesa, **à garantia da imparcialidade da jurisdição**, o desvirtuamento do uso da prisão provisória, o vazamento de informações seletivas e confidenciais, a execração pública dos réus, dentre outros graves

vícios, estão se consolidando como marca da Lava Jato, com consequências incalculáveis para o presente e o futuro da justiça criminal brasileira”. (grifo nosso).

Ora, para corrigir “o vazamento de informações seletivas e confidenciais”, obriga-se por Resolução - quando o tema, se fosse compatível com a Constituição, deveria ser tratado por lei ordinária - o Magistrado a requisitar a instauração de inquérito e a acompanhar seu andamento? O que diriam os defensores se alguma das investigações contra seus clientes tivesse sido iniciada por ordem do Juiz?

Atualíssima a ária do terceiro ato do Rigolletto, de Giuseppe Verdi:

La donna è mobile

Qual piuma al vento

Muta d’accento

E di pensiero

Em verdade, a simples observância do disposto no artigo 40, do Código de Processo Penal, neste ponto em vigor desde 1941, que preconiza que o juiz remeta ao Ministério Público a informação sobre a ocorrência, em tese, de crime, atende ao interesse público e não transforma o juiz em deflagrador da persecução penal, sendo profunda a diferença de atividade.

4- DA VIOLAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E DA ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, DO PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA OU DO PROCURADOR REGIONAL DA REPUBLICA.

No texto do parágrafo primeiro, do artigo 17, da Resolução 217/16, do Conselho Nacional de Justiça, transcrito acima, determina-se que o juiz responsável pela interceptação cujo conteúdo tenha vazado, **requisite a instauração de investigação criminal para apurar a violação do artigo 10, da Lei 9296/96, por parte de outro Magistrado (o dispositivo fala em “integrantes do Poder Judiciário”) ou de membro do Ministério Público e que solicite informações sobre o andamento da investigação.**

Ora, os Juízes e os membros do Ministério Público tem foro por prerrogativa de função junto ao Tribunal de Justiça (artigo 96, III, CF) ou Tribunal Regional Federal (artigo 108, I, “a”, CF), conforme estaduais ou federais.

Os membros da Defensoria Pública, por sua vez, também têm foro por prerrogativa de função junto ao Tribunal de Justiça, por força do artigo 161, IV, d, 2, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Já os Desembargadores têm foro por prerrogativa de função junto ao Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, I, “a”, CF), os Ministros dos Tribunais Superiores junto ao Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, “c”, CF), onde também são julgados os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República (artigo 102, I “b”, CF).

Em todas estas hipóteses de foro por prerrogativa de função, a instauração de inquérito pressupõem requerimento do membro do Ministério Público com atribuição (Procurador-Geral da República, Procurador Regional da República ou Procurador-Geral da Justiça), dirigido e deferido por Relator do Tribunal constitucionalmente competente para o processo e julgamento do detentor do foro por prerrogativa.

A propósito:

Pet 3825 QO / MT - MATO GROSSO

QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO

Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Relator (a) para Acórdão: Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 10/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: Questão de ordem em Petição. 1. Trata-se de questão de ordem para verificar se, a partir do momento em que não se constatam, nos autos, indícios de autoria e materialidade com relação à única autoridade dotada de prerrogativa de foro, caberia, ou não, ao STF analisar o tema da nulidade do indiciamento do parlamentar, em tese, envolvido, independentemente do reconhecimento da incompetência superveniente do STF. Inquérito Policial remetido ao Supremo Tribunal Federal (STF) em que se apuram supostas condutas ilícitas relacionadas, ao menos em tese, a Senador da República. 2. Ocorrência de indiciamento de Senador da República por ato de Delegado da Polícia Federal pela suposta prática do crime do art. 350 da Lei nº 4.737/1965 (Falsidade ideológica para

fins eleitorais). 3. **O Ministério público Federal (MPF) suscitou a absoluta ilegalidade do ato da autoridade policial que, por ocasião da abertura das investigações policiais, instaurou o inquérito e, sem a prévia manifestação do Parquet, procedeu ao indiciamento do Senador, sob as seguintes alegações: i) o ato do Delegado de Polícia Federal que indiciou o Senador violou a prerrogativa de foro de que é titular a referida autoridade, além de incorrer em invasão injustificada da atribuição que é exclusiva desta Corte de proceder a eventual indiciamento do investigado; e ii) a iniciativa do procedimento investigatório que envolva autoridade detentora de foro por prerrogativa de função perante o STF deve ser confiada exclusivamente ao Procurador-Geral da República, contando, sempre que necessário, com a supervisão do Ministro-Relator deste Tribunal.** 4. Ao final, o MPF requereu: a) a anulação do indiciamento e o arquivamento do inquérito em relação ao Senador, devido a ausência de qualquer elemento probatório que aponte a sua participação nos fatos; e b) a restituição dos autos ao juízo de origem para o exame da conduta dos demais envolvidos. 5. Segundo o Ministro Relator Originário, Sepúlveda Pertence, o pedido de arquivamento do inquérito, solicitado pelo Procurador-Geral da República, com relação ao Senador, seria irrecusável pelo Tribunal, porque, na linha da jurisprudência consolidada do STF, o juízo do Parquet estaria fundado na inexistência de elementos informativos que pudessem alicerçar a denúncia. Voto do relator pelo arquivamento do inquérito com relação ao Senador indiciado e proposta de concessão de habeas corpus, de ofício, em favor do também indiciado JOSÉ GIÁCOMO BACCARIN, de modo a estender-lhe os efeitos do arquivamento do inquérito. 6. Com relação ao pedido de anulação do indiciamento do Senador por alegada ausência de competência da autoridade policial para determiná-lo, o Min. Sepúlveda asseverou: i) a instauração de inquérito policial para a apuração de fato em que se vislumbre a possibilidade de envolvimento de titular de prerrogativa de foro do STF não depende de iniciativa do Procurador-Geral da República, nem o mero indiciamento formal reclama prévia decisão de um Ministro do STF; ii) tanto a abertura das investigações de qualquer fato delituoso, quanto, no curso delas, o indiciamento formal, são atos da autoridade que preside o inquérito; e iii) a prerrogativa de foro do autor do fato delituoso é critério atinente, de modo exclusivo, à determinação da competência jurisdicional originária do Tribunal respectivo, quando do oferecimento da denúncia ou, eventualmente, antes dela, se se fizer necessária diligência sujeita à prévia autorização judicial. Voto pelo indeferimento do pedido de anulação do indiciamento do Senador investigado por entender como válida a portaria policial que instaurou o procedimento persecutório. (...) O voto do Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, abriu divergência do Relator para apreciar se caberia, ou não, à autoridade policial investigar e indiciar autoridade dotada de predicamento de foro perante o STF. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema da instauração de inquéritos em geral e dos inquéritos originários de competência do STF: **i) a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, nos inquéritos policiais em geral, não cabe a juiz ou a Tribunal investigar, de ofício, o titular de prerrogativa de foro; ii) qualquer pessoa que, na condição exclusiva de cidadão, apresente “notitia criminis”, diretamente a este Tribunal é parte manifestamente ilegítima para a formulação de pedido de recebimento de**

denúncia para a apuração de crimes de ação penal pública incondicionada. Precedentes: INQ nº 149/DF, Rel. Min. Rafael Mayer, Pleno, DJ 27.10.1983; INQ (AgR) nº 1.793/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, maioria, DJ 14.6.2002; PET - AgR - ED nº 1.104/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, DJ 23.5.2003; PET nº 1.954/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, maioria, DJ 1º.8.2003; PET (AgR) nº 2.805/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, DJ 27.2.2004; PET nº 3.248/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, DJ 23.11.2004; INQ nº 2.285/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 13.3.2006 e PET (AgR) nº 2.998/MG, 2ª Turma, unânime, DJ 6.11.2006; iii) diferenças entre a regra geral, o inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do STF regido pelo art. 102, I, b, da CF e pelo RI/STF. **A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições em razão das atividades funcionais por eles desempenhadas. Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF.** 10. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, “b” c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo dominus litis. 11. Segunda Questão de Ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado. 12. Remessa ao Juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso para a regular tramitação do feito.

Há decisão do STF, no sentido de que a necessidade de autorização jurisdicional para a deflagração da investigação é somente para a hipótese de prerrogativa de foro afeta aquele Tribunal.

Então como impor ao juiz responsável pela interceptação telefônica o dever de **requisitar** “a imediata apuração dos fatos pelas autoridades competentes, **sob pena de responsabilização**”.

Se o suspeito for “integrante do Poder Judiciário” ou “membro do Ministério Público” ou qualquer outro detentor de foro por prerrogativa de função, somente a autoridade com atribuição poderá requerer perante o Tribunal competente a instauração do inquérito.

Se o suspeito não ocupar cargo, função ou mandato eletivo com previsão de foro por prerrogativa de função, ainda aí não poderá o juiz requisitar a instauração de qualquer espécie de investigação criminal, pois deflagrar a persecução penal não é atividade compatível com o arcabouço constitucional relativo a Magistratura, notadamente com o princípio do devido processo legal.

5- CONCLUSÃO:

Por tudo, nos parece, com todas as vênias, que qualquer tentativa de superação de dificuldades e correção de rumos, quando de fato necessário, não pode transigir com os princípios constitucionais, notadamente em retrocesso histórico que tangencie o processo criminal do absolutismo, introduzindo o Magistrado, de forma coercitiva, na atividade investigatória.

De idêntica forma, não nos parece necessária a inovação, quando a lei, no caso o Código de Processo Penal, em seu artigo 40, já impõem ao juiz a obrigação de encaminhar ao Ministério Público a notícia de eventual crime e o artigo 10, da Lei 9296/96 já tipifica a conduta consistente em “quebrar segredo da Justiça”.

Assim, todo aquele que se sentir lesado em decorrência da quebra de segredo ou mesmo qualquer pessoa pode requerer a instauração de inquérito policial (artigo 5º, parágrafo terceiro, CPP).

No caso do suspeito ocupar cargo ou exercer função ou mandato eletivo, para o qual exista previsão de foro por prerrogativa de função, poderá o interessado provocar por petição o membro do Ministério Público com atribuição, a fim de que este, em sendo o caso, requeira a instauração do inquérito, perante o Tribunal constitucionalmente competente.

Por fim e considerando os argumentos expostos, faz-se necessária urgente modificação da Resolução CNJ nº 59/08, com a redação dada pela Resolução 217/16, a fim de que passe a constar unicamente do artigo 17, a seguinte redação:

“ No caso e violação do sigilo resguardado pelo artigo 10, da lei 9296/96, cumpre ao juiz observar o disposto no artigo 40, do Código de Processo Penal”.

[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)

QUESTÃO TOPOGRÁFICA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A DOSIMETRIA DO CRIME DE ROUBO

Anderson de Paiva Gabriel¹

RESUMO: A jurisprudência dos Tribunais Superiores torna imperiosa a realização de novas reflexões sobre a questão topográfica nos tipos penais e seus reflexos na dosimetria. A virada jurisprudencial ocorrida no crime de furto deve se espalhar para outros tipos, inclusive o de roubo e, por consequência, ao latrocínio, permitindo a incidência das causas de aumento de pena previstas no art. 157, §2º do Código Penal e, agora, no novel §2º-A, introduzido pela Lei 13.654/18, aos tipos qualificados insculpidos no §3º, inclusive o comumente denominado de latrocínio. Tal conclusão, além do amparo no velho brocardo latino *Ubi eadem ratio ibi idem jus*, decorre de maneira translúcida do dever de observância da jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como da obrigação de mantê-la minimamente estável, íntegra e coerente, nos termos dos artigos 926 e 927 do CPC/15 (aplicável de forma supletiva e subsidiária ao processo penal, conforme preconiza o enunciado 03 da I Jornada de Processo Civil do CJF).

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal. Jurisprudência. Dosimetria. Causas de aumento de Pena. Tipos qualificados.

ABSTRACT: The jurisprudence of the Higher Courts makes imperative to carry out new reflections on the topographical question in the penal types and their reflexes in dosimetry. The jurisprudential turn of the crime inscribed in art. 155 of the Criminal Code should be spread to other types, including robbery and, consequently, robbery followed by death, allowing the

¹ Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Anteriormente, atuou como Delegado de Polícia do Estado do Rio de Janeiro (2010-2017) e como Delegado de Polícia do Estado de Santa Catarina (2009-2010). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2008), especialização em Direito Público e Privado pelo Instituto Superior do Ministério Público (2010), especialização em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá (2010) e especialização em Gestão em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2011). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Fórum Nacional de Juizes Criminais (FONAJUC).

incidence of the causes of increase of sanction provided for in art. 157, §2 of the Criminal Code and now in the novel §2-A, introduced by Law 13.654 / 18, to the qualified types inscribed in §3. This conclusion, in addition to the protection of the old Latin script, *Ubi eadem ratio ibi idem jus*, derives in a transparent way from the duty of observance of the jurisprudence of the High Courts, as well as from the obligation to keep it minimally stable, complete and coherent, according to the articles 926 and 927 of CPC / 15 (applicable in a supplementary and subsidiary to the criminal process, as stated in sentence 03 of the First Civil Procedure Conference of the CJF).

KEYWORDS: Criminal proceedings. Jurisprudence. Dosimetry. Causes of increase of sanction. Qualified types.

SUMÁRIO: 1. A dosimetria da pena. 2. A Jurisprudência e a questão topográfica nos tipos penais. 3. A virada jurisprudencial no crime de furto. 4. A superação da questão topográfica. 5. O advento da Lei 13.654/18 e as novas qualificadoras dos crimes de furto e roubo. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas

1. A dosimetria da pena

Compulsando recentes julgados dos tribunais superiores, verifica-se a necessidade de novas reflexões sobre a questão topográfica nos tipos penais e seus reflexos na dosimetria.

Com efeito, constatado o cometimento de crime por determinado réu, surge ao Estado o poder-dever de aplicar a pena capitulada no artigo infringido, incumbindo ao magistrado realizar a dosimetria, em atenção a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, CRFB/88) e à luz do método trifásico preconizado por Nelson Hungria (artigos 59 e 68 do Código Penal).

Consoante Eugênio Pacelli, a primeira fase da concretização da pena se inicia pelo exame da sanção cominada ao tipo, simples ou qualificado, e das circunstâncias subjetivas e objetivas com as quais o juiz deverá sopesar a medida da culpabilidade do agente e a necessidade de pena para fins de prevenção do crime. Essa fase é denominada de determinação da pena-base, a ser construída segundo o peso e a influência das circunstâncias judiciais. (PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de direito penal: parte geral / Eugênio Pacelli, André Callegari. São Paulo: Atlas, 2015. p. 488). Cumpre registrar que crime qualificado é aquele em que ao tipo básico a lei acrescenta circunstância que agrava a sua natureza, elevando, assim, os limites da pena. Não ocorre a formação de um novo tipo penal, mas apenas uma forma mais grave do crime (p. 210).

Por sua vez, na segunda fase, analisa-se a aplicação, ou não, de circunstâncias previstas em lei como atenuantes ou como agravantes da pena base, havendo aqui menor margem de liberdade ao juiz no que toca à definição da quantidade de aumento ou de diminuição (p. 497).

Finamente, na terceira e derradeira fase, incidem as causas de aumento ou diminuição de pena. Leciona Guilherme Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 540) serem causas obrigatórias ou facultativas de aumento ou diminuição da pena em quantidades fixadas pelo próprio legislador, porém sem que se estabeleça um mínimo e um máximo para a pena. Chamam-se, ainda, *qualificadoras em sentido amplo*. As causas de aumento e de diminuição, por integrarem a estrutura típica do delito, permitem a fixação da pena acima do máximo em abstrato previsto pelo legislador, como também admitem o estabelecimento da pena abaixo do mínimo. Podem ser previstas em *quantidade fixa* (ex.: art. 121, § 4.º, determinando o aumento de 1/3) ou em *quantidade variável* (ex.: art. 157, § 2.º, determinando um aumento de 1/3 até a metade).

2. A Jurisprudência e a questão topográfica nos tipos penais

Feito este breve introito, adentramos ao cerne da questão. A jurisprudência, efetivamente, havia se consolidado quanto a impossibilidade de aplicação das causas de aumento de pena previstas no art. 157, §2º do Código Penal ao latrocínio (art. 157, §3º), sob a argumentação de que, por uma questão topográfica, não caberia aplicar preceito antecedente ao subsequente e que a maior gravidade da figura qualificada e da pena a ela cominada já abrangeria as hipóteses descritas nas majorantes. Nesse sentido, cabe trazer à baila alguns acórdãos dos Tribunais Superiores:

EXECUÇÃO PENAL. Pena privativa de liberdade. Prisão. Cálculo. Delito de latrocínio (art. 157, § 3º, do CP). Causas de aumento por concurso de pessoas e emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, I e II). Aplicação. Inadmissibilidade. Bis in idem. Maior gravidade já considerada na cominação da pena base. HC não conhecido. Ordem concedida de ofício. Precedentes. Não se aplicam as majorantes previstas no § 2º do art. 157 do Código Penal à pena base pelo delito tipificado no § 3º. (HC 94994 / SP - SÃO PAULO - Relator(a): Min. CEZAR PELUSO - Julgamento: 16/09/2008 - Órgão Julgador: Segunda Turma)

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 3.º, 1ª PARTE, DO CÓDIGO PENAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DE MAJORANTE DO § 2º DO ART. 157 AO CRIME DE ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO LESÃO GRAVE. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento. 2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. 3. Na espécie, não prospera o incremento sancionatório, eis que incabível a utilização das causas

de aumento de pena constantes do § 2º do artigo 157 do Código Penal para majorar a reprimenda aplicada pela prática do crime de roubo qualificado pelo resultado lesão corporal grave, porquanto as referidas majorantes somente podem incidir sobre os delitos de roubo próprio e impróprio. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena para 8 (oito) anos de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC 330831 - Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - SEXTA TURMA - Data do Julgamento 03/09/2015 - Data da Publicação/Fonte DJe 22/09/2015)

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. PENA AUMENTADA NOS TERMOS DO ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE. 1. **As causas especiais de aumento de pena previstas no parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal não são aplicáveis ao crime de latrocínio.** 2. Ordem concedida. (HC 28625 / SP - Relator(a) Ministro PAULO GALLOTTI - Órgão Julgador: SEXTA TURMA - Data do Julgamento: 09/08/2005 - Data da Publicação/Fonte: DJ 19/12/2005)

De fato, nos votos vencedores que deram origem aos julgados acima, constam as seguintes fundamentações:

Pacificou-se, na verdade, o entendimento no sentido de que as qualificadoras do concurso de agentes e do emprego de arma a que se refere o dispositivo acima, tem exclusiva aplicação aos casos de roubo, não aos de latrocínio tratados no parágrafo terceiro do mesmo artigo. Tanto porque, por uma questão topográfica, não cabe aplicar preceito antecedente ao subsequente, salvo expressa disposição a respeito, como porque, já tratado com toda severidade o crime de latrocínio, a majoração aceita pela sentença não corresponde ao real anseio do legislador na repressão ao delito em questão. (HC 28625 / SP - Relator(a) Ministro PAULO GALLOTTI - Órgão Julgador: SEXTA TURMA - Data do Julgamento: 09/08/2005 - Data da Publicação/Fonte: DJ 19/12/2005)

E, na hipótese em apreço, denota-se a existência de patente ilegalidade, porquanto não se mostra possível a majoração da pena imposta pelo cometimento do delito de roubo qualificado, nos termos do § 3º, do artigo 157 do Código Penal, com base em causa de aumento constante do § 2º do mesmo dispositivo legal, tendo em vista que as referidas majorantes somente podem incidir sobre os crimes de roubo próprio ou impróprio, mas não em sua forma qualificada. Ademais, o entendimento suso mencionado encontra ressonância na doutrina pátria, que dispõe que “as circunstâncias majorantes do § 2º têm exclusiva aplicação aos crimes de roubo próprio (caput) e impróprio (§ 1º), não se estendendo às hipóteses tratadas no § 3º, seja por uma questão topográfica - onde não se aplica preceito antecedente ao subsequente, salvo expressa disposição a respeito -, seja porque tal majoração não corresponde ao real anseio do legislador na repressão do delito em questão, pois que já tratado com toda severidade (RT 780/583)” (CUNHA,

Rogério Sanchez. Manual de Direito Penal. São Paulo: Ed. Juspodium, 2014, p. 292-293). (HC 330831 - Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - SEXTA TURMA - Data do Julgamento 03/09/2015 - Data da Publicação/Fonte DJe 22/09/2015)

No mesmo diapasão, era a jurisprudência em relação ao crime de furto (entendia-se inaplicável a causa de aumento concernente ao repouso noturno à figura qualificada):

PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. REPOUSO NOTURNO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. IMPOSSIBILIDADE. I - Incide a majorante prevista no art. 155, § 1º, do Código Penal se o delito é praticado durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade inclusive para estabelecimentos comerciais, como ocorreu in casu (Precedentes). II - Entretanto, **a causa especial de aumento de pena do repouso noturno é aplicável somente às hipóteses de furto simples, sendo incabível no caso do delito qualificado** (Precedente). Recurso desprovido. (Processo REsp 940245 / RS - Relator(a) Ministro FELIX FISCHER - QUINTA TURMA - Data do Julgamento 13/12/2007 - Data da Publicação/Fonte DJe 10/03/2008)

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. AUMENTO DE PENA POR TER SIDO O DELITO PRATICADO DURANTE O PERÍODO NOTURNO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUÍZO DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1) Se a questão constante da inicial não foi analisada pelo juízo de origem, não pode esta E. Corte dela conhecer e analisar, sob pena de indevida supressão de instância. 2) **O aumento de pena por ter sido o delito de furto praticado durante o período noturno não incide nos crimes qualificados. Nestes, as penas previstas já são superiores.** 3) Impetração não conhecida, com concessão de “habeas corpus” de ofício para, cancelado o aumento de pena por ter sido o delito cometido no período noturno, reduzir as penas dos pacientes a três anos de reclusão e ao pagamento de dez dias-multa, mantido o regime prisional inicial fechado, reconheço a extinção da punibilidade da espécie, com relação ao paciente Carlos Fernando Mendonça Marinho, nos termos do artigo 109, inciso IV; 110; e 115, do Código Penal. (HC 131391 / MA - Relator(a) Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) - Órgão Julgador: SEXTA TURMA - Data do Julgamento: 19/08/2010 - Data da Publicação/Fonte: DJe 06/09/2010)

PENAL. FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, IV, DO CP). INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO § 1º (REPOUSO NOTURNO). IMPOSSIBILIDADE. 1 - **A causa especial de aumento do § 1º, do art. 155, do CP (repouso noturno) somente incide sobre o furto simples, sendo, pois, descabida a sua aplicação na hipótese de delito qualificado (art. 155, § 4º, IV, do CP). Precedentes jurisprudenciais.** 2 - Ordem concedida. (HC 10240 / RS - Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES - SEXTA TURMA - Data do Julgamento 21/10/1999 - Data da Publicação/Fonte DJ 14/02/2000)

3. A virada jurisprudencial no crime de furto

Entretanto, ocorreu recente virada jurisprudencial e o STJ, ao se debruçar sobre o crime de furto (art. 155 do Código Penal²), reconheceu a plena aplicabilidade da causa de aumento relativa ao repouso noturno (§1º) ao furto privilegiado (§2º) e ao furto qualificado (§4º), bem como do privilégio (§2º) ao furto majorado (§1º) e qualificado (§4º), lançando por terra o argumento topográfico que tradicionalmente era invocado pela doutrina para disciplinar o tema:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. CONDUITA SOCIAL. PERSONALIDADE. RÉU COM DIVERSAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. BIS IN IDEM EVIDENCIADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. HISTÓRICO CRIMINAL QUE CONFIGURA APENAS MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. COMPATIBILIDADE ENTRE A FORMA QUALIFICADA DO CRIME DE FURTO E A CAUSA DE AUMENTO DO § 1º DO ART. 155, DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. ... 5. **Conforme o entendimento consolidado no Resp 1.193.194/MG, submetido ao rito dos recursos repetitivos, o privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal é compatível com as qualificadoras objetivas do crime de furto. Por consectário, a jurisprudência desta Corte, seguindo tal linha de raciocínio, passou a entender ser o aumento relativo ao furto noturno compatível com a figura do furto qualificado. Precedentes.** (Processo HC 391007 / SC - Relator(a) Ministro RIBEIRO DANTAS - QUINTA TURMA - Data do Julgamento 22/08/2017 - Data da Publicação/Fonte DJe 30/08/2017)

2 Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

§ 6º - A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração. (Incluído pela Lei nº 13.330, de 2016)

HABEAS CORPUS. ART. 155, § 1.º E § 4.º, I E IV, C.C. ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. VIA INADEQUADA. CRIME PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. APLICAÇÃO DO ART. 155, § 1.º, DO CÓDIGO PENAL. FURTO QUALIFICADO. POSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A FORMA TENTADA. AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. NÃO CONHECIMENTO. ...

2. A causa de aumento prevista no § 1.º do art. 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto. Tal entendimento revela, mutatis mutandis, a posição firmada por este Sodalício no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n.º 1.193.194/MG, de minha Relatoria, no qual afigurou-se possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2.º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4.º), máxime se presentes os requisitos. ... (Processo HC 306450 / SP - Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - SEXTA TURMA - Data do Julgamento 04/12/2014 - Data da Publicação/Fonte DJe 17/12/2014)

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO RECONHECIMENTO. BEM AVALIADO EM R\$ 300,00. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. MULTIRREINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PELA PRÁTICA DO DELITO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. MIGRAÇÃO DA MAJORANTE PARA PENA-BASE. SOLUÇÃO MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA...3.

A causa de aumento prevista no § 1º do artigo 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto. Na espécie, o Tribunal a quo, afastando-se da orientação erigida por esta Corte, adotou solução mais benéfica ao acusado, transplantando a majorante para a primeira etapa do exame dosimétrico, o que resultou na diminuição da pena final, não havendo se falar em ilegalidade por reformatio in pejus. ... 5. Ordem denegada. (Processo HC 424098 / SC - Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - SEXTA TURMA - Data do Julgamento 06/02/2018 - Data da Publicação/Fonte DJe 15/02/2018)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE FURTO QUALIFICADO PRATICADO DURANTE

REPOUSO NOTURNO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E EXPLOSÃO. FURTO QUALIFICADO. COMPATIBILIDADE ENTRE A QUALIFICADORA E A MAJORANTE PREVISTA NO § 1º DO ART. 155 DO CP. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. REVERSÃO DO JULGADO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. EXPLOSÃO. CONSUNÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. OFENSA A BENS JURÍDICOS DISTINTOS DO DELITO DE FURTO. 1. **A causa de aumento prevista no § 1.º do art. 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto** (HC 306.450/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 4/12/2014, DJe 17/12/2014). ... (Processo REsp 1647539 / SP - Relator(a) Ministro NEFI CORDEIRO - SEXTA TURMA - Data do Julgamento 21/11/2017 - Data da Publicação/ Fonte DJe 01/12/2017)

Refutando eventuais incertezas quanto a mudança de orientação, foi editada pelo STJ a Súmula 511: “É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva” (Terceira Seção, julgado em 11/06/2014, DJe 16/06/2014).

Observemos os comentários de Guilherme Nucci a respeito do §1º do art. 155:

A jurisprudência majoritária tem entendido que essa causa de aumento deve ser aplicada somente ao furto simples, isto é, à figura prevista no caput, tendo em vista a sua posição sistemática na construção do tipo penal. A pena do furto qualificado, já aumentada nas suas balizas mínima e máxima, não seria por este aumento afetada. Ademais, as circunstâncias que envolvem o furto previsto no § 4.º já são graves o suficiente para determinar uma justa punição ao autor da infração penal. **Era a nossa posição. Mais detidamente refletindo sobre o tema, verificamos o seu desacerto no processo de fixação da pena.** Em redor do tipo básico (*caput*), giram várias circunstâncias, algumas gerando aumento de pena, outras, diminuição. As elevações são obtidas por meio de qualificadoras e causas de aumento; as diminuições, por meio de privilégios e causas de diminuição. A qualificadora, quando presente, altera a faixa de fixação abstrata da pena (no caso do furto, pode-se alterá-la para dois a oito anos e multa – conforme § 4.º – ou para três a oito – conforme § 5.º). Na concomitante presença de qualificadora do § 4.º e do § 5.º, somente se pode eleger uma faixa para a pena, logo, escolhe-se a mais grave: de três a oito anos. A circunstância remanescente, pertencente à outra qualificadora do § 4.º (por exemplo, rompimento de obstáculo), deve ser levada em conta na aplicação da pena-base, como circunstância judicial. Entretanto, a incidência concomitante de causas de aumento e de diminuição, previstas no mesmo tipo penal, podem (e de-

vem) ser aplicadas umas sobre as outras. Por isso, se houver furto noturno, cometido por primário, com coisa de pouco valor, pode-se fazer incidir os §§ 1.º e 2.º. Diante disso, presente apenas uma circunstância qualificadora do § 4.º (ilustrando, a escalada), além da causa de aumento de ter sido o crime cometido durante o repouso noturno, prevista no § 1.º, nada impede a aplicação de ambas. O juiz parte da faixa indicada pelo § 4.º, por conta da escalada, logo, dois a oito anos; fixa a pena-base, com fruto no art. 59 do CP; verifica se há agravantes ou atenuantes (arts. 61 a 65); finalmente, insere as causas de aumento, no caso, um terço a mais, por consideração ao §. 1.º. **A posição da causa de aumento no tipo penal, bem como da qualificadora, é completamente indiferente, levando-se em conta o processo trifásico de aplicação da pena. Outras considerações, para não aplicar o aumento do § 1.º às formas qualificadas (§ 4.º ou 5.º), constituem pura política criminal, visando à menor aplicação ao acusado, embora distante da técnica de individualização da pena.** Na jurisprudência: STJ: “Entretanto, a causa especial de aumento de pena do repouso noturno é aplicável somente às hipóteses de furto simples, sendo incabível no caso do delito qualificado (Precedente)” (REsp 940.245-RS, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 13.12.2007, v.u.); HC 10.240-RS, 6.ª T., rel. Fernando Gonçalves, 21.10.1999, v.u., DJ 14.02.2000, p. 79. No caso do homicídio, o § 1.º do art. 121, que é considerado o homicídio privilegiado, aplica-se, conforme doutrina e jurisprudência majoritárias, não somente ao caput, mas também ao § 2.º, que cuida das qualificadoras. Por que não fazer o mesmo com o furto? Inexistindo razão para dar tratamento desigual a situações semelhantes, cremos ser possível a aplicação da causa de diminuição da pena às hipóteses qualificadas do § 4.º (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 912-918)

Em seu voto no HC 306.450-SP, a ministra Maria Thereza de Assis Moura destacou:

Dessarte, nessa linha de raciocínio, não haveria justificativa plausível para se aplicar o § 2.º do art. 155 do CP e deixar de impor o § 1.º do referido artigo, que, a propósito, compatibiliza-se com as qualificadoras previstas no § 4.º do dispositivo. Ademais, cumpre salientar que o § 1.º do art. 155 do CP refere-se à causa de aumento, tendo aplicação apenas na terceira fase da dosimetria, o que não revela qualquer prejuízo na realização da dosimetria da pena com arrimo no método trifásico.

Por outro lado, registra-se que não se desconhece o entendimento da Quinta Turma desta Corte segundo o qual somente será cabível aplicação da mencionada causa de aumento, quando o crime for perpetrado na sua forma simples (caput).

Todavia, o fato é que, após o entendimento exarado em 2011 no julgamento do EREsp 842.425/RS, no qual se evidenciou a possibilidade de aplicação do pri-

vilégio (§ 2.º) no furto qualificado, não há razoabilidade em negar a incidência da causa de aumento (delito cometido durante o repouso noturno) na mesma situação em que presente a forma qualificada do crime de furto.

Em outras palavras, uma vez que não mais se observa a ordem dos parágrafos para a aplicação da causa de diminuição (§ 2.º), também não se considera tal ordem para imposição da causa de aumento (§ 1.º).

Em assim sendo, tendo em vista que o furto em tela é qualificado pelo concurso de agentes e rompimento de obstáculos, não há qualquer óbice para aplicação da causa de aumento de pena (art. 155, § 1º, do Código Penal), devendo, portanto ser mantida.

4. A superação da questão topográfica

A superação da questão topográfica no crime de furto, a nosso sentir, lança nova luz sobre a dosimetria em relação a outros crimes, como o roubo (art. 157 do Código Penal)³. O §3º do referido tipo, por exemplo, consubstancia figura qualificada do crime de roubo, denominada “latrocínio” (quando a violência resulta em morte), enquanto o §2º estabelece causas de aumento de pena, impondo o aumento de pena de 1/3 até a metade para determinadas hipóteses, como no caso da violência ou ameaça ser exercida com emprego de arma ou mediante concurso de pessoas.

Ora, é indubitável que um latrocínio praticado, por exemplo, por diversos elementos que cercam e agridem uma vítima provocando sua morte ou, ainda, mediante emprego de arma, que pode tornar a investida letal numa fração de segundo, demanda maior reprovabilidade e deve merecer severo recrudesimento da pena.

3 Roubo

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; [\(Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996\)](#)

V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. [\(Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996\)](#)

§ 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa. [\(Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996\)](#) Vide [Lei nº 8.072, de 25.7.90](#)

Mutatis mutandis, não há distinção lógica entre a orientação fixada em relação aos tipos de furto e o roubo, invocando-se aqui o famoso brocardo latino: *Ubi eadem ratio ibi idem jus*.

A despeito da incontroversa possibilidade de valoração do emprego de arma e do concurso de pessoas na 1ª fase da dosimetria pertinente ao latrocínio (dentro das circunstâncias judiciais inculpidas no art. 59 do CP), a recente jurisprudência impõe como melhor técnica que sejam reconhecidas como causas de aumento de pena e, portanto, analisadas na 3ª fase da dosimetria por força da especialidade.

Cumprido destacar julgado que fixa justamente essa orientação ao enfrentar hipótese análoga:

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO RECONHECIMENTO. BEM AVALIADO EM R\$ 300,00. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. MULTIRREINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PELA PRÁTICA DO DELITO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. MIGRAÇÃO DA MAJORANTE PARA PENA-BASE. SOLUÇÃO MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA. ...

3. **A causa de aumento prevista no § 1º do artigo 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto. Na espécie, o Tribunal a quo, afastando-se da orientação erigida por esta Corte, adotou solução mais benéfica ao acusado, transplantando a majorante para a primeira etapa do exame dosimétrico, o que resultou na diminuição da pena final, não havendo se falar em ilegalidade por reformatio in pejus...**5. Ordem denegada. (Processo HC 424098 / SC - Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - SEXTA TURMA - Data do Julgamento 06/02/2018 - Data da Publicação/Fonte DJe 15/02/2018)

Sepultando quaisquer dúvidas e corroborando o entendimento ora esposado, gize-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 130952/MG:

*HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO (CP, ART. 155, § 4º, I, C/C O ART. 14, II). CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO (CP, ART. 155, § Lº) NAS FORMAS QUALIFICADAS DO CRIME DE FURTO (CP, ART. 155, § 4º). ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL E DE CONTRADIÇÃO LÓGICA QUE POSSA OBSTAR A CONVIVÊNCIA HARMÔNICA DOS DOIS INSTITUTOS QUANDO PERFEITAMENTE COMPATÍVEIS COM A SITUAÇÃO FÁTICA. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL. ORDEM DENEGADA. 1. **Não convence a tese de que a majorante do repouso noturno seria incompatível com a forma qualificada do***

furto, a considerar, para tanto, que sua inserção pelo legislador antes das qualificadoras (critério topográfico) teria sido feita com intenção de não submetê-la às modalidades qualificadas do tipo penal incriminador. 2. Se assim fosse, também estaria obstado, pela concepção topográfica do Código Penal, o reconhecimento do instituto do privilégio (CP, art. 155, § 2º) no furto qualificado (CP, art. 155, § 4º) -, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a compatibilidade desses dois institutos. 3. Inexistindo vedação legal e contradição lógica, nada obsta a convivência harmônica entre a causa de aumento de pena do repouso noturno (CP, art. 155, § 1º) e as qualificadoras do furto (CP, art. 155, § 4º) quando perfeitamente compatíveis com a situação fática. 4. Ordem denegada. STF. 2ª Turma. HC 130952/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 13/12/2016 (Info 851)

Em seu voto, o ministro Dias Toffoli exortou as lições doutrinárias de Guilherme de Souza Nucci:

“[a] estrutura do tipo penal incriminador constitui-se da figura básica, comumente prevista no caput, sem a qual o crime inexistente, além de comportar variadas circunstâncias, particulares maneiras de se realizar a infração penal. Essas circunstâncias são formadas de elementos basilares e universais, tais como motivação do agente, comportamento da vítima, consequências da infração, meio de execução, atributos pessoais do autor (personalidade, conduta social, antecedentes), dentre outros. Há uma gradação para valorar essas circunstâncias, iniciando-se pela política criminal adotada pelo legislador na construção do tipo incriminador. As mais relevantes, para determinado delito, são eleitas como qualificadoras ou privilégios, capazes de alterar a faixa de fixação da pena; as que vêm na sequência são as causas de aumento e de diminuição da pena, utilizadas para impor aumentos ou diminuições fracionados, por vezes fixos, noutras variados; em terceiro plano, restam as causas gerais, denominadas agravantes e atenuantes, previstas na Parte Geral, sem um montante predeterminado; finalmente, em caráter residual, estampam-se no art. 59 do Código Penal as denominadas circunstâncias judiciais. Todas as circunstâncias podem ter diferenciado grau de valoração pela lei penal, mas, na essência, são exatamente as mesmas, ou seja, o motivo fútil (e sua conceituação) não se altera porque é agravante ou qualificadora. No caso de homicídio, atuar por motivação fútil configura qualificadora; porém, fosse um roubo, representaria uma agravante. O ingresso no local pretendido para um furto, valendo-se de arrombamento, simboliza uma qualificadora; fosse uma apropriação indébita, poderia significar uma circunstância judicial” (Tratado Doutrinário e Jurisprudencial. Direito Penal: parte especial e legislação penal especial. São Paulo: RT, 2011, p. 284).

Por esse prisma, segundo o festejado autor:

“[a]nalisando a composição dos tipos penais, a única estrutura permanente e intangível diz respeito ao caput, representativo da figura básica do delito. No mais, deve-se interpretar cada um dos parágrafos constantes do tipo, de acordo com sua natureza jurídica, jamais pela singela posição ocupada. Se primeiro, terceiro ou oitavo, pouco importa, pois o legislador não segue uma regra, bastando conferir os tipos existentes para constatar que qualificadoras ou privilégios podem ocupar o parágrafo primeiro, como podem estar no último parágrafo do artigo. O mesmo se diga das causas de aumento e diminuição. Somente as agravantes e atenuantes estão sempre na Parte Geral (arts. 61 a 65, CP), bem como as circunstâncias judiciais, no art. 59 do Código Penal” (op. cit. p. 284).

Em arremate, aduz que:

“não há motivo algum para se desprezar uma causa de aumento ou diminuição, quando perfeitamente compatível com a situação fática descrita por uma ou mais qualificadoras, pela simples razão topográfica. O mesmo não se deve fazer com relação às causas de diminuição, no tocante às qualificadoras” (op. cit. p. 285).

Por sua vez, o ministro Teori Zavascki assentou:

Realmente, parcela considerável da doutrina, conforme posto no voto do relator, afirma que a causa especial de aumento prevista no § 1º do artigo 155 só se aplica ao furto simples, uma vez que sua posição topográfica inviabiliza a incidência sobre a forma qualificada prevista no § 4º do artigo 155 do Código Penal.

Essa linha de argumentação, considerando-se a posição topográfica dos dispositivos, não parece, por si só, suficiente a levar à conclusão de que essa aplicação é incompatível. Isso porque doutrina e jurisprudência são pacíficas em desconsiderar a localização da privilegiadora do § 2º do artigo 155 do CP, que vem antes das qualificadoras, para aplicá-la em concomitância ao furto qualificado (Súmula 511/STJ: “É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva”). Noutras palavras, caso a ordem desses dispositivos fosse realmente critério inflexível de interpretação, não seria legítimo o reconhecimento do furto qualificado privilegiado. Esse raciocínio impediria, também, a aplicação da privilegiadora disposta no § 1º do artigo 121 do Código Penal ao homicídio qualificado. E como se sabe, o Supremo Tribunal Federal não só entende que tal incidência é legítima, como tem o condão de afastar a hediondez do homicídio qualificado.

5. O advento da Lei 13.654/18 e as novas qualificadoras dos crimes de furto e roubo

No dia 24 de abril de 2018, foi publicada importante novidade legislativa, que alterou os crimes de furto e roubo previstos no Código Penal, além de outras modificações. De fato, a Lei 13.654/18 inseriu o § 4º-A (“se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum”) e o § 7º (“se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego”) ao artigo 155 do Código Penal, criando novas qualificadoras para o crime de furto.

No mesmo diapasão, a referida lei introduziu nova causa de aumento de pena por meio do inciso VI (“se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego”) no §2º do art. 157 (roubo), bem como criou o § 2º-A, prevendo o aumento da pena em 2/3 (dois terços): I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

Em outro giro, contudo, houve a revogação do inciso I (“se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma”) do § 2º do mesmo dispositivo, dando azo a profunda controvérsia.

A despeito de não se tratar do objeto deste artigo, registro aqui o percuciente voto do ilustre Desembargador Edison Brandão⁴, reconhecendo a inconstitucionalidade formal do art.

4 Apelação Criminal com Revisão nº 0022570-34.2017.8.26.0050 – 4ª Câmara Criminal/TJSP: Conforme leciona o Ministro Alexandre de Moraes:

“...Assim sendo, a inobservância das normas constitucionais de processo legislativo tem como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado (Moraes, Alexandre dr. Direito Constitucional – 22ª ed. – São Paulo: Atlas, 2007 p.691) g.n.

E o referido dispositivo possui exatamente o mencionado vício formal de inconstitucionalidade, que está suscetível a controle repressivo do Poder Judiciário.

Isso porque, ao se verificar a tramitação do PLS 149/2015, observa-se que em seu texto inicial havia, de fato, no art. 3º do referido PLS, datado de 24/03/2015, a previsão de revogação do inciso I do 2º do art. 157 do Código Penal.

Posteriormente, em 09/07/2015, o Relatório do Senador Antonio Anastasia, concluiu pela aprovação do projeto, também prevendo a revogação do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Contudo, no texto final da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o PLS nº 149/2015 foi alterado, eliminando o seu artigo 3º, que revogava a causa de aumento do inciso I, §2º do Código Penal, justamente para a manutenção da previsão legal de possibilitar a majoração da pena pelo aumento de armas que não de fogo, no caso, arma branca.

Em 08/11/2017, na 49ª Reunião Ordinária, o Senador Antonio Anastasia reformulou o relatório para acolher a Emenda de Autoria da Senadora Simone Tebet, que em nada alterou a supressão do artigo 3º do PLS 149/2015 anteriormente procedida, e, destarte, manteve a coexistência das duas causas de aumento, em 1/3 quando há o emprego de arma, e de 2/3, quando se trata do emprego de arma de fogo.

Assim, no texto de fato aprovado pelo Senado Federal, subsistia a majorante prevista no inciso I, do § 2º do art. 157 do Código Penal, persistindo o recrudesimento da pena pelo emprego de arma branca.

Contudo, a Coordenação de Redação Legislativa (CORELE), que tem como atribuições “supervisionar a

revisão dos textos finais das proposições aprovadas terminativamente pelas Comissões, procedendo às adequações necessárias em observância aos preceitos de técnica legislativa previstos na Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998; supervisionar a elaboração dos quadros comparativos das proposições em tramitação no Senado Federal e no Congresso Nacional, em cotejo com os textos da legislação vigente, das emendas apresentadas, da redação final aprovada e dos vetos presidenciais; disponibilizar na internet, para acesso público, os textos finais revisados das proposições aprovadas terminativamente pelas Comissões e os quadros comparativos das proposições em tramitação no Senado Federal e no Congresso Nacional; e executar atividades correlatas.”, possivelmente entendeu pela existência de redundância entre a redação aprovada pelo Senado Federal, e retornou ao texto legal anterior, não aprovado, agora como art. 2º do PLS, a revogação da majorante do emprego de arma no delito de roubo.

No entanto, não há qualquer tautologia na persistência de ambas as causas de aumento de pena.

A arma branca é definida pelo art. 3º, inciso XI, do Decreto n. 3.665/2000 como sendo “artefato cortante ou perfurante, normalmente constituído por peça em lâmina ou oblonga”, e, embora seja comum inclusive em ambientes domésticos, coloca, sim, em risco a integridade física da vítima, não sendo raros os casos de homicídios e latrocínios praticados com emprego arma branca, de maneira que aquele que pratica o roubo com emprego da mencionada arma, obviamente deve ser tratado com maior rigor por parte do Estado do que aquele que o pratica o roubo apenas com grave ameaça.

E não por outra razão o art. 19 do Decreto-Lei 3.688/1941 não foi revogado, continuando a prever como contravenção penal a conduta de trazer consigo arma fora de casa, ou de dependência desta, sem licença da autoridade. Nesse sentido:

“PENAL E PROCESSO PENAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. ART. 19 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIAS. NÃO RECEPÇÃO DO PORTE DE ARMA BRANCA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ATIPICIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA EM SENTIDO CONTRÁRIO. MEDIDA CONCRETAMENTE FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Não há inconstitucionalidade na Lei de Contravenções Penais, recepcionada pela Constituição Federal e tratada pela legislação atual como delito de pequeno potencial ofensivo, isto se aplicando inclusive ao delito do art. 19 da Lei de Contravenções Penais. 2. Evidenciado fundamento concreto e razoável de a medida socioeducativa seria adequada às condições pessoais do agente, inexistente constrangimento ilegal a ser constatado. 3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no HC 331.694/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 03/12/2015).

Por outro lado, é nítido que o emprego de arma de fogo, tipo específico de arma, com uma letalidade muito superior, coloca em risco ainda maior a integridade física da vítima e deve ser punido com maior rigidez, o que justifica uma causa de aumento própria, diante da gravidade, mas não justifica a supressão da causa de aumento prevista no inciso I do §2º do art. 157 do Código Penal, cuja conduta continua mais grave do que a prevista pelo caput do mesmo dispositivo.

Não por outra razão, o artigo que previa a supressão do inciso I do §2º do art. 157 do Código Penal foi extirpado anteriormente à aprovação pelo Senado Federal, sendo aprovada, ao final, a coexistência das duas majorantes.

Nada mais lógico, e coerente inclusive, com momento em que o país vive, que o inciso I do §2º do art. 157 do Código Penal continue a ter vigência, sendo absurda a liberação do uso de arma branca, no país que mais se mata com qualquer tipo de arma, em todo mundo.

Assim, no caso em tela, é fato que o PLS 149/2015 foi apresentado com a supressão do inciso I do §2º do art. 157 do Código Penal, de forma surpreendente, vez que se dizia buscar ali um aumento da repressão ao crime, e, coram populo, passou-se a permitir, no projeto não aprovado pelo Senado Federal, o uso de facas, por exemplo, ou qualquer outra arma imprópria, tudo a ser considerado roubo simples.

Portanto, quando o CORELE alterou a redação, Coordenação esta constituída por funcionários e não por representantes eleitos do Estado e do Distrito Federal, tornando ao PLS 149/2015 o dispositivo anteriormente suprimido, não realizou apenas alterações técnicas previstas na Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, e extrapolou a sua competência que é meramente de supervisão formal, alterando o teor material do PLS que havia sido aprovado pelo Senado Federal.

4º da lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018, e, por consequência, determinando a instauração de incidente de inconstitucionalidade com remessa ao órgão especial do TJ-SP para apreciação. No mesmo sentido, a Nota técnica nº 2/2018 – CAO CRIM do MP-GO e manifestações de outros Ministérios Públicos.

Importante destacar que em relação ao roubo com emprego de arma de fogo não houve *abolitio criminis*, mas sim continuidade normativo-típica. Consoante destaca Márcio André Lopes Cavalcante⁵, o princípio da continuidade normativa ocorre “quando uma norma penal é revogada, mas a mesma conduta continua sendo crime no tipo penal revogador, ou seja, a infração penal continua tipificada em outro dispositivo, ainda que topologicamente ou normativamente diverso do originário”. (Min. Gilson Dipp, em voto proferido no HC 204.416/SP).

Já em relação a majorante referente ao emprego de arma branca, se não for reconhecida a inconstitucionalidade nos termos já preconizados (posição, inclusive, a que nos filiamos), forçoso acolher as lições insculpidas no voto do ministro Jorge Mussi no Recurso Especial nº 1.519.860 – RJ, reconhecendo a abolitio em relação a esta e a impossibilidade de valoração na terceira fase da dosimetria. Cumpre trazê-lo à baila:

“A promulgação da Lei n. 13.654, de 23 de abril de 2018, que modificou o Código Penal nos dispositivos referentes aos crimes de furto e roubo. Essa alteração legislativa suprimiu a previsão contida no inciso I do § 2º, do art. 157, que apresentava hipótese de causa especial de aumento de pena relativa ao emprego de arma. Esta Corte, inclusive, possui entendimento jurisprudencial consolidado reconhecendo que a previsão contida no dispositivo revogado abrangia não apenas armas de fogo, mas qualquer “artefato que tem por objetivo causar dano, permanente ou não, a seres vivos e coisas”, nos termos do art. 3º, inciso IX, do Decreto n.º 3.665/2000. Nesse conceito estavam abarcadas tanto as armas próprias quanto as impróprias, como se infere do precedente que segue:

Obviamente, a supressão do inciso I do §2º do art. 157 do Código Penal se deu sem a aprovação do Congresso Nacional, sendo suprimido ilegalmente pela CORELE, e, portanto, criada em ambiente diverso do parlamento, por pessoas não competentes para tanto, não sendo discutida e emanada de parlamentares, antes de ser enviado para a sanção pelo Presidente da República....

Tal defeito no processo legislativo se erige, naquele momento, em nulidade absoluta, e, pelo óbvio, nada que depois ocorra pode convalidá-lo.

Portanto, todo o restante, como a remessa à Câmara dos Deputados e, posteriormente, ao Presidente da República, não foi suficiente para convalidar a revogação do inciso I do §2º do art. 157 do Código Penal, sendo certo que, caso tivesse existido qualquer Emenda – o que não ocorreu, já que chegou à Câmara dos Deputados com redação diversa da aprovada – o projeto de lei precisaria voltar à Casa iniciadora, nos termos do Parágrafo Único do art. 65 da Constituição Federal. Não houve, repise-se, o pronunciamento bicameral necessário no processo legislativo.

Frise-se, e isto é de extrema importância, que a redação substitutiva (aprovada pela Senadora Simone Tebet, que afastava o parágrafo 3º do PLS 149/2015, que, por sua vez, era o que revogava o inciso I do §2º do art. 157 do Código Penal), impediria de forma absoluta a aprovação deste mesmo parágrafo....

Posto isto, RECONHEÇO a inconstitucionalidade formal do art. 4º da Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018, e SUSPENDO o julgamento do mérito do recurso. DETERMINO a instauração de incidente de inconstitucionalidade com remessa ao Órgão Especial para apreciação, nos termos do art. 193 e seguintes do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. (trechos selecionados)

5 Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2018/04/comentarios-lei-136542018-furto-e-roubo.html>, último acesso em 04/06/2018.

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL. REGIME FECHADO JUSTIFICADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E EMPREGO DE ARMA DE FOGO - MAIOR PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA....3. Ademais, em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, não deve ser tratado de modo idêntico agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo e aquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade. Se a locução “emprego de arma” - causa especial de majoração da pena no crime de roubo -, abrange tanto as armas impróprias (faca, chave de fenda, pedaço de pau, de vidro, emprego de animais, por exemplo), cujo porte não é proibido, quanto as armas de fogo - conduta que constitui crime autônomo e grave -, nada mais razoável e lógico que a censura penal incidente sobre roubos com armas impróprias e próprias tenha tratamento distinto, se não na quantidade de pena, pelo menos na qualidade da resposta penal. Portanto, se durante a fixação da pena a fração de exasperação é a mesma para o roubo praticado com arma branca e para o cometido com emprego de arma de fogo - aspecto quantitativo -, justamente no estabelecimento do regime prisional é que a diferenciação entre ambas as condutas deverá ser feita - aspecto qualitativo. 4. Ordem não conhecida. (HC 297.425/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 27/08/2014)

A atual previsão contida no art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal, incluído pela Lei n. 13.654/2018, limita a possibilidade de aumento de pena à hipótese de a violência ser cometida mediante emprego de arma de fogo, assim considerado o instrumento que “ (...) arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil”, de acordo com o art. 3º, XIII, do Decreto n. 3.665/2000. Portanto, não se está diante de continuidade normativa, mas de abolitio criminis, na hipótese de o delito ser praticado com emprego de artefato diverso de arma de fogo.

Conforme se extrai dos autos, o réu realizou a subtração fazendo uso de arma branca - faca. Diante desse fato, forçosa a concessão, de ofício, de ordem de habeas corpus, aplicando-se a lei nova, mais benéfica ao acusado, em consonância com o art. 5, XL, da Constituição Federal, afastando-se o aumento de 1/3 aplicado na terceira fase do cálculo da pena”.

Consigne-se que é evidente a incidência de maior reprovabilidade sobre a conduta do indivíduo que utiliza faca, instrumento mortal e aterrorizante, para a prática de roubo, do que sobre aquele que se vale de palavras de ordem. Possível, portanto, a sua valoração na primeira fase, no tocante à culpabilidade.

Aliás, cumpre destacar que havendo a concorrência de mais de uma majorante, preconiza o art. 68, p.u, do Código Penal: “No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”. Márcio André Lopes Cavalcante⁶ destaca que essa faculdade judicial de escolher uma das duas opções acima é criticada por vários doutrinadores, mas já foi acolhida pelo STF:

(...) 4. Na espécie, o paciente teve sua pena majorada duas vezes ante a incidência concomitante dos incisos I e II do art. 226 do Código Penal, uma vez que, além de ser padastro da criança abusada sexualmente, consumou o crime mediante concurso de agentes. Inexistência de arbitrariedade ou excesso que justifique a intervenção corretiva do Supremo Tribunal Federal. 5. É que art. 68, parágrafo único, do Código Penal, estabelece, sob o ângulo literal, apenas uma possibilidade (e não um dever) de o magistrado, na hipótese de concurso de causas de aumento de pena previstas na parte especial, limitar-se a um só aumento, sendo certo que é válida a incidência concomitante das majorantes, sobretudo nas hipóteses em que sua previsão é desde já arbitrada em patamar fixo pelo legislador, como ocorre com o art. 226, I e II, do CP, que não comporta margem para a extensão judicial do quantum exasperado. (...) STF. 1ª Turma. HC 110960, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19/08/2014.

Registre-se, todavia, que o tema enseja profunda controvérsia. No referido julgamento, a ministra Rosa Weber, em seu voto⁷, consignou a sua posição:

“No tocante à duplicidade de causa de aumento, filio-me à corrente, majoritária na doutrina, no sentido de observar-se somente uma delas, ou seja, a que deságua em maior majoração. A exceção corre à conta de situação jurídica em que um dos fatos a consubstanciá-las enquadra-se como agravante. Então, considera-se um deles como agravante e o outro como causa de aumento”.

No mesmo diapasão, há recente julgado do STJ:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMA DE FOGO. ACESSO AS MENSAGENS DE APARELHO CELULAR APREENDIDO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. OUTRAS PROVAS A CORROBORAR A CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE. CORREÇÃO REALIZADA. EXTENSÃO DOS

6 Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2018/04/comentarios-lei-136542018-furto-e-roubo.html>, último acesso em 04/06/2018.

7 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6796463>, último acesso em 04/08/2018.

EFEITOS DA ORDEM AO CORRÉU. 1... 6. Disciplina o parágrafo único do art. 68 do Código Penal que, no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo todavia, a causa que mais aumente ou diminua. 7. Desse modo, embora presentes duas causas especiais de aumento de pena (arts. 19 e 20 da Lei nº 10.826/2003, a exasperação limitará a apenas uma delas, em metade. 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a reprimenda imposta ao paciente, com extensão ao corréu. (HC 433930/ES – Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA - Órgão Julgador: QUINTA TURMA - Data do Julgamento 19/06/2018 - Data da Publicação/Fonte DJe 29/06/2018)

Trata-se de tema que era pouco enfrentado na doutrina e na jurisprudência, provavelmente em razão de serem raras as hipóteses em que ocorria a concorrência de causas de aumento previstas na parte especial com fração própria e não com escala.

Guilherme Nucci já lecionava sobre o tema⁸, reconhecendo a possibilidade de mais de um aumento de pena na 3ª fase da dosimetria em razão da concorrência de causas de aumento de pena previstas na Parte Especial do Código Penal ou na Legislação Especial:

Concurso entre causas de aumento e de diminuição: *todas as causas de aumento e de diminuição previstas na Parte Geral do Código Penal devem ser aplicadas, sem possibilidade de compensação. Aplicam-se, ainda, todas as causas de aumento ou diminuição previstas na Parte Geral em confronto com a Especial. Entretanto, as previstas na Parte Especial podem concorrer entre si, admitindo compensação da seguinte forma: tratando-se de duas ou mais causas de aumento ou duas ou mais causas de diminuição, o juiz pode aplicar a mais ampla delas ou todas. Ex.: no crime de incêndio (art. 250), tendo sido praticado com o intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio (§ 1.º, com aumento de 1/3) e tendo causado lesão grave para a vítima (art. 258, com aumento de metade), o juiz pode aplicar as duas causas de aumento ou somente a mais grave. Se iguais, qualquer delas. Em legislação especial, dá-se a aplicação do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, valendo-se da analogia in bonam partem. Desse modo, no concurso dos aumentos possíveis, previstos nos arts. 19 e 20 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), pode o juiz aumentar a pena duas vezes, ou apenas uma, dependendo do caso concreto.*

Com a vigência da Lei nº 13.654/18 e a explosão de criminalidade que vivemos, certamente será diuturno o exame dessa *vexata quaestio*, uma vez que corriqueira a hipótese de crimes de roubo (art. 157 do CP⁹) praticados com concurso de pessoas ou restrição de liberdade,

8 NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 542

9 Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

a atrair a incidência da causa de aumento prevista no §2º¹⁰ (de 1/3 até metade), e concomitante emprego de arma, a despertar a aplicação da novel causa de aumento insculpida no §2º-A¹¹ (aumento de 2/3).

Desde já, manifestamos a nossa filiação a posição assentada por Nucci e reconhecida pelo STF, que admite a possibilidade, em atenção ao supramencionado artigo 68, parágrafo único, do Código Penal, de que o juiz, ao realizar a dosimetria, faça incidir os dois aumentos, conforme expressa autorização legal, ou que à luz das peculiaridades do caso concreto, limite-se a um só aumento, com prevalência da causa que majore mais, sendo as demais consideradas como agravantes ou simples circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal

A nosso sentir, todavia, certo é ser inadequado, na hipótese de limitar-se a um só aumento, que não seja a circunstância que consubstancia a outra causa de aumento valorada em algum momento da dosimetria.

Por fim, cabe mencionar a supracitada lei modificou também o §3º do art. 157, separando em incisos a lesão corporal grave e a morte, enquanto resultados, bem como recrudescendo a escala penal quando resultar em lesão corporal:

“§ 3º Se da violência resulta: (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)

I – lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa; (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

II – morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa”.

6. Conclusão

Ante o exposto, à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores, já pugnávamos pelo reconhecimento da aplicabilidade das causas de aumento de pena insculpidas no art. 157, §2º

10 § 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)

I – (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

VI – se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

11 § 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

do Código Penal não só ao caput do dispositivo, mas também às figuras qualificadas previstas no §3º do mesmo tipo. Com efeito, trata-se de mero corolário lógico da interpretação que prevaleceu em relação ao crime de furto (*Ubi eadem ratio ibi idem jus*).

Com a promulgação da Lei 13.654/18, surgem inúmeras controvérsias a respeito dos crimes de furto e roubo, a começar pela inconstitucionalidade da supressão do inciso I do §2º do art. 157 do Código Penal. Todavia, a nossa conclusão anterior se mantém irrefutável, constatando-se que a questão topográfica outrora invocada foi sepultada, acarretando a plena aplicabilidade das causas de aumento do já citado §2º do art. 157, e agora também das previstas no novel §2º-A, aos tipos qualificados insculpidos no §3º, inclusive o comumente denominado de latrocínio.

Trata-se do processo dosimétrico mais acertado ante a virada jurisprudencial ocorrida, consubstanciando, ainda, forma de apenar adequadamente tão abominável crime. Ademais, decorre de maneira translúcida do dever de observância da jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como da obrigação de mantê-la minimamente estável, íntegra e coerente, nos termos dos artigos 926 e 927 do CPC/15 (aplicável de forma supletiva e subsidiária ao processo penal, conforme preconiza o enunciado 03 da I Jornada de Processo Civil do CJF).

7. Referências bibliográficas

FUX, Luiz. Teoria Geral do Processo Civil, 2ª edição, Editora Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*, 4ª ed., São Paulo: Juspodium, 2016.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007 p. 691.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Tratado Doutrinário e Jurisprudencial. Direito Penal: parte especial e legislação penal especial*. São Paulo: RT, 2011.

MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. São Paulo: Método, 2014, p. 685.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código De Processo Civil: Breves Considerações Acerca Dos Artigos 1º a 12 Do Pls 166/10*. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VI, disponível em http://www.redp.com.br/index_edicoesredp.htm. p. 27*

POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência – aplicabilidade dos arts. 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: *DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo. PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.); Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodium, 2016.

[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)

A REPARAÇÃO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA: O CONCEITO AMPLO DE OFENDIDO E DA EXTENSÃO DOS DANOS

Eduardo Perez Oliveira ¹

INTRODUÇÃO: DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 11.719/2008

A Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, fez inserir um novo inciso no art. 387 do Código de Processo Penal, a saber:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (...)

IV – fixará o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (...)

Tal determinação de cunho adjetivo veio conferir efetividade ao art. 91 do Código Penal, que estabelece:

Art. 91. São efeitos da condenação:

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (...)

Trata-se de efeito extra-penal genérico da sentença, cujo desiderato é viabilizar com menor ônus a reparação do dano sofrido pela vítima, que poderá promover a execução diretamente na seara cível (art. 515, VI, CPC).

Essa inovação permitiu maior liquidez na busca pela reparação do dano, que antes dependia de processo autônomo. É certo que se trata de uma quantia mínima indenizatória, podendo o ofendido, concomitantemente, buscar a liquidação para apurar o valor do prejuízo que entende que tenha sofrido.

¹ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pós-graduado em Processo Constitucional pela Universidade Federal de Goiás - UFG (2014).

Por óbvio, somente quando houver prejuízo para a vítima poderá o magistrado fixar o valor na sentença condenatória, e desde que existam elementos nos autos que demonstrem o dano material de forma a ser possível quantificá-lo.

Esse dispositivo legal, contudo, trouxe um novo debate na seara jurídica, qual seja, a possibilidade de fixação ou não de danos morais na sentença penal condenatória.

Para além disso, é preciso questionar se essa alteração legislativa, passados dez anos de sua vigência, na verdade não facultou o manejo mais amplo do que o atual quanto ao aspecto indenizatório e a caracterização do que se entende por ofendido, falhando-se em observar essa inovação.

O presente artigo pretende, em breves linhas, oferecer uma nova visão sobre esse tema e uma possível aplicação mais ampla desse efeito da sentença penal condenatória.

DA POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE DANO MORAL EM SENTENÇA CRIMINAL CONDENATÓRIA

Com o objetivo de sumariar a discussão, colocar-se-á de lado o debate acerca da viabilidade ou não do arbitramento de indenização por danos morais na sentença penal condenatória, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça reiteradamente já se manifestou a respeito.

Mais recentemente, e colocando uma pá de cal no tema, o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento acerca do arbitramento de indenização por danos morais em sede de julgamento de recurso submetido ao rito dos repetitivos, publicado no Informativo 621 e cuja ementa segue parcialmente transcrita:

RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO IN RE IPSA. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça - sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), (...)

3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma **maior valorização e legitimação da vítima**, particularmente a mulher, no processo penal.

4. **Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano - o material e o moral -, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa.**

5. **Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio. (...)**

7. **Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. (...)**

9. **O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa - sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o onus probandi é integralmente do órgão de acusação -, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados. (...)**

TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

(REsp 1643051/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018)

Está-se diante de um julgado que examinou o tema de forma ampla, dirimindo uma série de pontos de questionamento no âmbito jurídico, sendo oportuno extrair as seguintes conclusões:

1. A proteção à mulher quanto à violência doméstica e familiar, como hipervulnerável, maximizando princípios e regras do subsistema protetivo da Lei n. 11.340/2006.
2. Ampliação do raio de proteção jurídica e otimização dos instrumentos normativos quanto à mitigação dos danos sofridos decorrente da maior valorização e legitimação da vítima como tendência nacional e internacional, não apenas da mulher ofendida.
3. O art. 387, IV, do CPP contempla tanto a indenização material, como a moral, desde que exista prévio pedido na denúncia ou queixa.
4. A possibilidade do magistrado arbitrar o valor que entende cabível, independente de pedido certo, tendo por causa o ato criminoso perpetrado.
5. A desnecessidade de instrução probatória, presumindo o dano a partir da própria conduta criminosa (*dano in re ipsa*), sendo suficiente o contraditório em que se apure a autoria e a materialidade da prática ilícita, sendo o ônus, nesse caso, do acusador.

Soa indene de dúvida, portanto, a possibilidade do arbitramento de indenização por danos morais na sentença criminal condenatória pelo magistrado.

Isso porque, embora o paradigma tenha sido a violência doméstica, o ordenamento jurídico pátrio, consoante princípio constitucional, não alberga privilégios odiosos ou tratamento divergente não justificável.

É certo que a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2007) engendrou um subsistema protetivo em favor da mulher vítima de violência doméstica e familiar, tratando-se de hipervulnerável nas relações sociais, fato notório com base nas estatísticas.

No entanto, na argumentação favorável à indenização por danos morais, o voto do relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, estribou-se na não diferenciação entre danos morais e materiais nos termos do art. 387, IV, do CPP, e não na questão de gênero:

Ainda que uma ou outra voz doutrinária considere de menor amplitude tal previsão normativa, que alcançaria apenas os danos materiais (Pacelli, Eugênio; Fischer, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 822; Pollastri Lima, Marcellus. Curso de Processo Penal. 9. Ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1.182), melhor compreensão, a

meu aviso, teve a doutrina liderada, inter alia, por autores como Gustavo Badaró (Processo Penal – 4. ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 538) e Paulo Rangel (Direito Processual Penal. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 601), até porque se alinha à já pacífica jurisprudência desta Corte Superior, de que a indenização da qual trata o citado dispositivo legal contempla as duas espécies de dano: o material e o moral.

Nesse sentido, ilustrativamente:

[...] A reparação civil dos danos sofridos pela vítima do fato criminoso, prevista no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve ser deferida sempre que requerida e inclui também os danos de natureza moral. [...] (AgRg no RESp n. 1.636.878/MS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5a T., DJe 28/8/2017, destaqui)

O que convém notar em tal aresto é, para além dos danos extrapatrimoniais, o argumento de defesa dos hipervulneráveis e a necessidade de dar-se efetividade à lei e à reparação dos danos causados, deslocando o protagonismo do garantismo monocular hiperbólico em favor do acusado, já condenado, e passando ao equilíbrio do garantismo integral (positivo e negativo), que contempla, nos termos da ementa, “(...)uma maior valorização e legitimação da vítima(...)”.

Observa-se uma preocupação na efetivação de direitos daquela que é sempre esquecida no processo penal, a vítima, inclusive com apoio em princípios constitucionais, notadamente o da dignidade da pessoa (art. 10, III, da CF).

Considerando a não discriminação entre danos materiais e morais no art. 387, IV, do CPP e a ampliação protetiva como forma de valorização da vítima, é oportuno examinar a possibilidade de arbitramento de danos morais e materiais quando o ofendido pelo ato criminoso não for indivíduo certo, mas a coletividade *lato sensu*.

DO DANO COLETIVO

É certo que todo ato criminoso, em maior ou menor grau, atinge a coletividade mesmo quando se tratar de tipo penal submetido à ação penal privada, porquanto afeta as relações sociais e possui consequências incomensuráveis.

Tais imprevisibilidades são contempladas, na Física, pela teoria do caos, que abrange em si e nos sistemas dinâmicos, também as fractais, não explicáveis pela geometria euclidiana.

A sucessão de atos que culminam em alterações na realidade.

Em parte, poder-se-ia relacionar até mesmo à Teoria das Janelas Quebradas e o efeito na comunidade.

Um exemplo claro de causa e consequência é imaginar o que seria da figura de Gandhi se ele não tivesse sido retirado à força do trem do vagão reservado para brancos e, a partir dali, iniciasse sua militância.

Tergiversações à parte, não se pode negar que, assim como uma pedra lançada num lago causa ondas, toda conduta, boa ou má, possui resultados no corpo social.

Quanto mais grave a conduta e mais importante o objeto atingido, mais ela é sentida pelo coletivo.

Assim, alguns valores foram alçados acima dos demais como sendo de interesse de toda a sociedade. É o caso daqueles albergados no art. 1º, I a III, da Lei n. 7.347/1985, relativos ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Podemos acrescentar, ainda, os danos causados à ordem econômica e outras atividades que vulnerarem a sociedade, seja em âmbito local ou até mesmo nacional, sem olvidar a própria dignidade da nação.

A lesão a tais valores gera um prejuízo sentido coletivamente e, da mesma forma, a ser indenizado.

O dano moral coletivo não é novo no ordenamento jurídico brasileiro, embora pouco manejado.

No âmbito material, possui amparo nos arts. 6.o e 81 da Lei n. 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, e, no processual, no art. 10 da Lei n. 7.347/1985, a Lei de Ação Civil Pública, para citar os dispositivos mais comuns.

O dano sempre foi observado do ponto de vista individualizado, seja o material, seja o moral, um, quantificável no âmbito da matéria, e o outro, no aspecto anímico, que depende de uma valoração e arbitramento pelo juiz.

O dano material é uma indenização do prejuízo aferível, quantificável, inclusive o que se deixou de lucrar, o lucro cessante, ou a perda de uma oportunidade. Já o moral é uma ofensa aos aspectos imateriais da personalidade, impossível a sua valoração, inclusive a sua reparação. Um dano material se repara, é possível pagar, mas o moral, não. Se indeniza, mas não se repara. Não se pode quantificar a dor da perda de um ente querido ou de um membro, de uma ofensa proferida em público.

É certo que, no passado, o Brasil teve dificuldades até mesmo de aceitar a indenização por danos morais, negando-se a reconhecê-lo por entender a jurisprudência que era algo “aviltante”.

Para ilustrar essa situação não tão distante, traz-se à baila excerto de artigo de autoria de José Nepomuceno Silva, intitulado “Dano Moral: Conceito, evolução histórica, demasias e conflitos”²:

Até 1988, havia uma resistência dos Tribunais nesses deferimentos. Agostinho Alvim, em sua monografia, a respeito, assim destacou a indisposição jurisprudencial: “O assunto do dano moral não tem despertado, no foro, grande interesse. O aparelhamento da nossa justiça, ainda deficiente, e o elevado custo das demandas arre-da do pretório grande número de pessoas. Ora, o pedido de indenização por dano moral, além dessas dificuldades, luta, ainda com a resistência dos nossos tribunais, nesse setor...”.

Contra essa resistência foi fundamental, no STF, a palavra do Ministro Aliomar Baleeiro, que, com outras, gerou a edição da Súmula 491, a cujo respeito assim narra Clayton Reis: “Não obstante a divergência da Suprema Corte Brasileira, em face do entendimento contrário à reparação dos danos morais, o acórdão líder, prolatado pelo Ministro Aliomar Baleeiro, bem como os mais importantes que geraram a Súmula 491 do STF (é indenizável o acidente que causa a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado), constante na RTJ 39/38, foram decisivos na reavaliação das teses até então sustentadas pelo alto pretório brasileiro”. (grifei)

Hoje, com os direitos de terceira geração. reconhece-se o dano moral até mesmo para as pessoas jurídicas, que podem ter, objetivamente, sua imagem aviltada publicamente, consoante Sumula 227 do Superior Tribunal de Justiça.

Passou-se a reconhecer que também a coletividade poderia sofrer danos, não apenas materiais, mas morais, de forma difusa ou coletiva.

Esse dano moral não se limita à dor da alma, que servia para caracterizar o da pessoa física. Trata-se de uma situação que traz, a toda a sociedade ou coletividade, um aspecto negativo que a impacte.

Assim definiu Carlos Alberto Bittar Filho³ o dano moral coletivo:

(...) o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (damnum in re ipsa).

(BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 559, 17 jan. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6183>>. Acesso em: 3 jun. 2018).

O dano moral coletivo já é parte da realidade dos tribunais, em que pese sua raridade, porquanto depende de prévia provocação dos legitimados para tanto.

Acerca do tema, oportuna a colação de paradigmático julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIGNIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES OFENDIDA POR QUADRO DE PROGRAMA TELEVISIVO. DANO MORAL COLETIVO. EXISTÊNCIA.

1. O dano moral coletivo é aferível in re ipsa, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.

Precedentes.

2. Na espécie, a emissora de televisão exibia programa vespertino chamado “Bronca Pesada”, no qual havia um quadro que expunha a vida e a intimidade de crianças e adolescentes cuja origem biológica era objeto de investigação, tendo sido cunhada, inclusive, expressão extremamente pejorativa para designar tais hipervulneráveis.

*3. A análise da configuração do dano moral coletivo, na espécie, não reside na identificação de seus telespectadores, mas **sim nos prejuízos causados a toda sociedade, em virtude da vulnerabilização de crianças e adolescentes, notadamente daqueles que tiveram sua origem biológica devassada e tratada de forma jocosa, de modo a, potencialmente, torná-los alvos de humilhações e chacotas pontuais ou, ainda, da execrável violência conhecida por bullying.***

(...)

6. Nessa perspectiva, a conduta da emissora de televisão - ao exibir quadro que, potencialmente, poderia criar situações discriminatórias, vexatórias, humilhantes às crianças e aos adolescentes - traduz flagrante dissonância com a proteção universalmente conferida às pessoas em franco desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, donde se extrai a evidente intolerabilidade da lesão ao direito transindividual da coletividade, configurando-se, portanto, hipótese de dano moral coletivo indenizável, razão pela qual não merece reforma o acórdão recorrido.

7. *Quantum indenizatório arbitrado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Razoabilidade e proporcionalidade reconhecidas.*

8. *Recurso especial não provido.*

(REsp 1517973/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 01/02/2018)

Considerando o até aqui exposto, qual seja, de que o art. 387, IV, do CPP alberga a indenização à vítima em razão do ato criminoso tanto dos danos patrimoniais quanto morais, não há razão para excluir de seu arcabouço também o dano moral coletivo, uma vez que o seu arbitramento em nada foge às regras idênticas para as hipóteses de tutela de direitos individuais.

DO ARBITRAMENTO EM SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Um estudo profundo e recomendado sobre o assunto do ponto de vista da reparação ambiental foi escrito pelos autores Carlos Fonseca Monnerat, Ricardo Ramos Vidal e Renato Marcio dos Santos.

Em seu artigo, “Reparação do dano moral ambiental na sentença penal condenatória”⁴, lecionam:

Os danos civis reparáveis na sentença penal condenatória não devem ter nenhuma limitação quanto a sua qualidade ou quantidade.

Por outras palavras, e como já dito acima, nessa parte da sentença, o juiz criminal está agindo como se fora juiz cível, e deve aplicar as regras e princípios do juízo cível.

Deve investigar os danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos em decorrência do ilícito penal ambiental, aplicar as regras reparatórias apropriadas e obter o quantum debeatur.

Destacam que, no caso ambiental, a responsabilidade é objetiva.

Em nada os requisitos no tocante à avaliação do prejuízo individual se alteram com o coletivo. Remanesce a necessidade de pedido na denúncia e a apuração, durante o contraditório, do nexo de causalidade entre os danos causados e a conduta do réu, o que corresponde à autoria e materialidade do delito.

Tal conduta criminosa pode gerar, concomitantemente, danos à coletividade e a indivíduos, hipótese em que o juiz poderá arbitrar a indenização por danos materiais e morais causados na sentença condenatória.

É o caso, por exemplo, de crime praticado contra o mercado de capitais, executando “(...)manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros” (art. 27-C, Lei n. 6.385/1976) ou o de causar poluição que resulte ou possa resultar em danos à saúde humana, ou que provoque a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora (art. 54, Lei n. 9.605/1998).

Em ambos os casos poderão existir indivíduos lesados individualmente pela conduta criminosa, mas há, de modo inegável, um prejuízo causado à coletividade.

É conveniente recordar que o juízo criminal não tem por objetivo precípuo a apuração do dano no âmbito civil. Trata-se de uma consequência da sentença penal condenatória.

Desse modo, em apuração de delitos onde o sujeito passivo é, essencialmente, a coletividade, não se pode admitir a intervenção ou tentativa de apuração individual dos prejuízos causados aos indivíduos, dilatando de modo indevido a persecução penal com fins particulares.

Em outros termos, observado o contraditório, cabe ao juízo criminal apurar a autoria e a materialidade. Se, durante tal apuração e em virtude da condenação, for possível divisar os danos e o nexo de causalidade, havendo pedido, caberá o seu arbitramento.

Quanto ao destinatário, argumentam Carlos Fonseca Monnerat, Ricardo Ramos Vidal e Renato Marcio dos Santos⁵:

Em se tratando de interesses coletivos, assim entendidos os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas, parece que a indenização deva ser destinada àquele que os represente, dentro da legislação civil.

Em se tratando de interesses difusos, transindividuais de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas, o valor da reparação civil em pecúnia deve ser destinado ao fundo de reparação ambiental. Esse é o ordenamento legal (LACP, art. 13).

Ou seja, em se tratando de direitos individuais homogêneos ou coletivos, o valor da indenização se destinaria a quem represente a categoria, caso exista. E, na hipótese de direitos difusos, a um dos fundos previstos no art. 13 da Lei 7.347/1985, de acordo com a natureza do bem lesado.

DA OFENSA À COLETIVIDADE

Crimes como os de tráfico de influência (art. 332, CP), corrupção ativa e passiva (arts. 317 e 327, CP), tráfico de pessoas (art. 149-A, CP), e porte e tráfico de entorpecentes (arts. 28 e 33 da Lei n. 11.343/2006), para citar alguns, possuem como sujeito passivo a Administração, o Estado e/ou a coletividade.

Tais delitos não atingem, a princípio, aqueles valores previstos no art. 1º, I a III, da Lei n. 7.347/1985. Também não se assemelham aos casos mais evidentes de dano coletivo, como as mencionadas hipóteses de poluição ambiental ou fraude ao mercado de capitais.

Ainda assim, é inegável que causam prejuízo a todo o tecido social.

Nos últimos anos, a população brasileira tem assistido, estarrecida, gravíssimos casos de corrupção *lato sensu* envolvendo os mais altos escalões dos Poderes e grandes empresários.

Apenas como exemplo, os danos causados à Petrobrás em razão de tais práticas, diversas ainda em apuração, não se limitam ao âmbito da empresa. Toda a coletividade é afetada e sente, na pele, os resultados da corrupção, com, v.g., o aumento dos diversos tipos de combustíveis, diminuição de valor de mercado, perda de confiança dos investidores no país e consequente diminuição de capital e emprego e outras consequências.

Os diversos crimes amplamente catalogados dentro do espectro da corrupção são responsáveis por prejuízos imensuráveis aos direitos difusos como saúde, educação, segurança e lazer, para citar alguns, além de seus protagonistas atuarem em toda a sociedade como exemplo nocivo, corrompendo a população e conduzindo o país ao caos.

Da mesma forma age o tráfico de entorpecentes, que movimentava centenas de milhões de reais anualmente no país e responde por inúmeros prejuízos à coletividade: dos drogadictos que necessitam de tratamento e praticam delitos para sustentar o vício a crimes satelitários mais graves, como roubo de carga, tráfico internacional de armas e outros.

Portanto, é inegável concluir que cada conduta criminosa em que o sujeito passivo for o Estado e/ou a coletividade gera também um dano moral coletivo, um prejuízo diluído socialmente que envenena a comunidade e amplia a insegurança e a violação aos direitos fundamentais.

Basta pensar concretamente nas pequenas cidades interioranas, com o avanço das drogas e da criminalidade, em razão do tráfico, e de que modo também atos de corrupção podem acabar com o serviço de saúde e com a educação dos municípios menos expressivos.

Indene de dúvidas que tais condutas geram dano para além do próprio ato em si. Apurada a autoria e a materialidade, donde se extrai o nexo de causalidade, presume-se o dano (*in re ipsa*) que malfez aquela comunidade, ou até mesmo a nação.

Assim, caberia ao magistrado, havendo pedido do Ministério Público, sopesar os elementos presentes para a fixação da indenização pelos danos morais coletivos, os quais, à míngua de outra destinação, devem obedecer ao mencionado art. 13 da Lei n. 7.347/1985.

DA AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE VÍTIMA E DA INDENIZAÇÃO INTEGRAL

Alguns aspectos mais evidentes já foram demonstrados quanto à necessidade de se indenizar a Fazenda Pública quando prejudicado patrimônio sob sua tutela.

Para maior clareza, é de rigor socorrer-se mais uma vez do artigo de Carlos Fonseca Monnerat, Ricardo Ramos Vidal e Renato Marcio dos Santos, não por ausência de outras fontes, mas pela relevância, profundidade e didática com que o tema foi nele tratado⁶:

Pichador é pego em flagrante, aplicando tinta em um viaduto.

Embora tenha afirmado em juízo que se tratava de grafiteagem, que fazia verdadeira obra de arte, o juiz entende que praticou o delito tipificado no art. 65 da lei dos Crimes contra o Meio Ambiente, Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Na inicial, o Ministério Público requereu a condenação do autor do fato na reparação de danos materiais e extrapatrimoniais.

O juiz deve, sendo procedente a denúncia, condenar o autor do fato, no campo civil, a pagar:

a) os valores necessários para a limpeza do viaduto, valores esses destinados ao ente público responsável pela manutenção e reparação do bem público danificado;

b) indenização pelos danos extrapatrimoniais provocados pela conduta à coletividade, destinada ao fundo ambiental.

Assim, cabe ao Ministério Público, ao oferecer sua denúncia, atentar-se quanto à extensão do prejuízo causado.

Em alguns casos o dano é evidente, como é a hipótese da depredação de patrimônio público.

Mas há situações em que o erário é lesado, embora o crime possua sujeito passivo diverso.

Veja-se o exemplo do indivíduo que, dirigindo embriagado, invade a pista contrária, colide com um veículo e termina por bater de frente com um poste, derrubando-o.

Em razão de sua conduta criminoso, deslocam-se ambulâncias do SAMU para atendimento, o ocupante do carro abalroado deve ser internado, ocupando um leito público e necessitando de cuidados de médicos e enfermeiros, além de medicamentos.

O poste destruído pertence à companhia de energia elétrica, que deverá substituí-lo, e todo um bairro ficou sem energia elétrica por horas, trazendo toda sorte de transtornos.

Obviamente alguns prejuízos não poderão ser mensurados, não porque não existam, mas porque, matematicamente, demandaria um esforço hercúleo, incompatível com a celeridade e o foco da jurisdição penal.

Outros danos, contudo, são facilmente aferíveis: as despesas com deslocamento de ambulância e ocupação de leito de hospital são objeto de planilha do município, que possui uma previsão do quanto isso significa em termos de despesa padronizada, da mesma forma que a reposição do poste por parte da empresa concessionária de energia elétrica.

O dano moral engendrado na coletividade por essa conduta é, da mesma forma, óbvio, diante de todos os inconvenientes.

Diferentemente não ocorre quando se trata de roubo, para citar outra hipótese. A vítima, caso sofra violência, precisará de atendimento de saúde. O medo se espalhará em toda a região, causando um receio generalizado e a ampliação da sensação de insegurança, com resultados negativos até mesmo no comércio e na desvalorização dos imóveis.

Durante o contraditório apurar-se-á a autoria e a materialidade, inclusive os resultados oriundos do ato criminoso e o nexo de causalidade, bem como quem foram os ofendidos que tiveram sua esfera de bens atingida pela conduta criminosa, já que o art. 387, IV do CPP não diferencia quais seriam as vítimas atingidas.

A tese que se propõe é clara: havendo a possibilidade de se aferir os danos materiais e arbitrar os imateriais na sentença criminal, havendo pedido, deverá o magistrado fazê-lo não apenas para a vítima imediata, mas para aqueles que tenham sido também atingidos pela conduta criminosa e cujo prejuízo possa ser aferido de plano.

CONCLUSÃO

Como visto, o art. 387, IV, do CPP, ao determinar ao juiz que fixe o valor da indenização em favor do ofendido, em verdade, possui uma extensão muito maior do que a inicialmente aplicada.

Do mero dano material, a jurisprudência passou a admitir também o arbitramento da indenização por dano moral, entendendo que da conduta criminosa, provado o nexo de causalidade, o prejuízo surge evidente (*in re ipsa*).

O passo seguinte, e por lógica consequência, é admitir o arbitramento de dano moral coletivo, uma vez que este em nada difere do individual quanto aos requisitos, apenas na titularidade.

Também, pelo mesmo raciocínio, não se pode deixar de reconhecer a existência de dano moral coletivo em condutas ilícitas que tenham por sujeito passivo a Administração, o Estado ou a coletividade.

Outrossim, é preciso entender no contexto de vítima, ou ofendido, de que trata o art. 387, IV, do CPP, todos aqueles atingidos pela conduta criminosa e cujos prejuízos sejam aferíveis de plano e não necessitem de qualquer tipo de dilação probatória.

É certo que para esse grau de entendimento demandar-se-á do exegeta uma visão global e menos pavloviana. Todavia, a aplicação da lei nessa extensão em nada excede os parâmetros até então fixados na norma e na jurisprudência.

Observe-se que, havendo pedido na denúncia ou queixa, e elementos suficientes quanto aos danos materiais, eis que os morais são *in re ipsa*, o juiz pode, no caso de ofendido individual, fixar o valor do prejuízo em sentença.

Na prática, não há diferença para a fixação do dano moral coletivo, em qualquer de suas hipóteses, ou para qualquer um que tenha sido atingido de algum modo pela conduta criminosa.

Se o desiderato da alteração trazida pela Lei n. 11.719/2008 foi o de acelerar a reparação do ofendido e se, conforme o julgado paradigmático da relatoria do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (REsp 1643051/MS), há um objetivo de valorizar e legitimar a vítima, em atendimento ao garantismo integral, é preciso interpretar a lei no sentido mais amplo, sem descuidar das garantias e direitos fundamentais.

Com isso, haverá um avanço não só na diminuição das demandas cíveis, como também a entrega célere da jurisdição e uma punição integral do criminoso, com um mínimo de reparação para a vítima, quiçá afastando parcialmente o espectro da impunidade que, ano a ano, tem estimulado o aumento da prática criminosa no Brasil.

NOTAS:

2. SILVA, José Nepomuceno. Dano Moral: Conceito, evolução histórica, demasias e conflitos”. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, nº 7, 2001, BH/MG, p. 113/168, disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20080731135935.pdf> Acesso em: 3 jun. 2018.

3. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 559, 17 jan. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6183>>. Acesso em: 3 jun. 2018

4. MONNERAT, Carlos Fonseca, VIDAL, Ricardo Ramos, SANTOS, Renato Márcio dos. Reparação do dano moral ambiental na sentença penal condenatória. LEOPOLDIANUM, Ano 38, 2012, nº 104/105/106, p. 53

5. MONNERAT, Carlos Fonseca, VIDAL, Ricardo Ramos, SANTOS, Renato Márcio dos. op. cit. p. 55

6. MONNERAT, Carlos Fonseca, VIDAL, Ricardo Ramos, SANTOS, Renato Márcio dos. op. cit. p. 55

BIBLIOGRAFIA:

BELTRÃO, Antônio F. G.. Curso de Direito Ambiental. 1 ed. São Paulo: Ed. Método, 2009.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 559, 17 jan. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6183>>. Acesso em: 3 jun. 2018

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 5 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014

CASTRO, Ana Lara Camargo de. Violência de gênero e reparação por dano moral na sentença penal. Boletim IBCCRIM n. 280, março/2016. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5729-Violencia-de-genero-e-reparacao-por-dano-moral-na-sentenca-penal>. Acesso em: 31 mai.2018

LIMA, Carolina Arantes Neuber. Análise da natureza jurídica do meio ambiente: objeto tutelado pelo direito ou sujeito de direitos? in. Perspectivas do Direito Ambiental. Coordenação PAULA, Gil César Costa de, SILVA, José Antônio Tietzmann e, ARAÚJO, Luciane Martins de. Brasília: Tipográfica, 2014.

MARQUES, Marcelino Pereira. Dano Moral Coletivo. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/REVISTA%20DIREITO/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/marcelinopereiramarquesdano-moralcoletivo.pdf>>. Acesso em: 31 mai.2018

MELO, Maria Eduarda Santos Pessoa de. *A fixação do valor mínimo da indenização por danos morais na sentença penal condenatória*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 23 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.58166&seo=1>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

MONNERAT, Carlos Fonseca, VIDAL, Ricardo Ramos, SANTOS, Renato Márcio dos. Reparação do dano moral ambiental na sentença penal condenatória. Leopoldianum, Ano 38, 2012, nº 104/105/106, p. 37/60

SILVA, José Nepomuceno. Dano Moral: Conceito, evolução histórica, demasias e conflitos”. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, nº 7, 2001, BH/MG, p. 113/168, disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20080731135935.pdf > Acesso em: 3 jun. 2018.

SILVA, Maria Rosinete dos Reis. Efeitos Práticos da Responsabilidade Criminal das Pessoas Jurídicas por Infrações Penais Ambientais. in Ciências Penais e Juízes Criminais - Vol I, FONAJUC. Coordenação HAMMERSCHMIDT, Denise, LIMA, Larissa Pinho de Alencar. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Coordenação Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)

O CONCEITO DE CRIMES MILITARES E SEUS REFLEXOS PROCESSUAIS: DO “UNIVERSO PARTICULAR” DOS CRIMES MILITARES PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS AO “JUÍZO UNIVERSAL” DA AUDITORIA DE JUSTIÇA MILITAR

Décio Alonso Gomes ¹

Pedro Rabello Mariú ²

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO; 2 – A LEI 13.491/17 E O NOVO E CONCENTRADO CONCEITO DE CRIME MILITAR: A ATUALIZAÇÃO DE TODA A LEGISLAÇÃO PENAL MILITAR PELA ALTERAÇÃO DE UM ÚNICO DISPOSITIVO (ART. 9º, II); 3 – AS CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DO ATUAL CONCEITO DE CRIMES MILITARES; 3.1 – COMPETÊNCIA PARA CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA; 3.1.1 – HOMICÍDIO DOLOSO PRATICADO POR MILITAR ESTADUAL CONTRA CIVIL E A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DOS CRIMES CONEXOS QUE AFETEM INTERESSE MILITAR; 3.2 – COMPETÊNCIA PARA OS CRIMES NÃO DOLOSOS CONTRA A VIDA; 3.2.1 – COMPETÊNCIA PARA CRIMES NÃO DOLOSOS CONTRA A VIDA PRATICADOS POR INTEGRANTES DA FORÇA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA; 3.3 – REFLEXOS PARA AS INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO; 3.4 – REFLEXOS PARA OS CRIMES CONEXOS; 3.5 – LIMITES PARA O DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA: PRECLUSÃO E SISTEMA RÍGIDO DE PROGRESSÃO DOS ATOS PROCESSUAIS; 3.6 – LIMITES PARA O DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA: JUIZ NATURAL; 3.7 – REFLEXOS PARA A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR MILITAR; 3.8 – AÇÃO PENAL E NATUREZA DOS CRIMES MILITARES: A ATUAL NATUREZA BIFRONTADA DE ALGUNS DELITOS DA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE MILITARIZADOS (CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA OU PÚBLICA MEDIANTE REPRESENTAÇÃO NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE E SUA MILITARIZAÇÃO; 3.9 – SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS (CANCELAMENTO DAS SÚMULAS 06, 90 E 172 DO STJ); 4 – O PROCEDIMENTO A SER ADOTADO A PARTIR DA MUDANÇA NORMATIVA; 5 – A NECESSÁRIA MIRADA CONVENCIONAL SOBRE A JUSTIÇA MILITAR; 5.1 – DOCUMENTOS INTERNACIONAIS QUE REFORÇAM A EXCEPCIONALIDADE DO JUÍZO MILITAR; 5.2 – PRECEDENTES INTERNACIONAIS QUE

¹ Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo; Mestre em Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes; Especialista em Direito pela Universidade Federal Fluminense; possui Curso Superior de Inteligência Estratégica pela Escola Superior de Guerra do Ministério da Defesa; Coordenador Acadêmico e Professor da Pós-Graduação em Ciências Penais do IEP-MPRJ; Professor da Faculdade de Direito do Ibmec/RJ, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Escola Superior de Advocacia da OAB-RJ; Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, titular da 3ª Promotoria de Justiça junto à Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio de Janeiro.

² Pós-Graduando em Ciências Penais pelo Instituto de Educação e Pesquisa do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (IEP-MPRJ); Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, lotado na 3ª Promotoria de Justiça junto à Auditoria da Justiça Militar.

REFORÇAM A INCOMPATIBILIDADE DA EXPANSÃO DA JUSTIÇA MILITAR COM A GARANTIA DO JUIZ NATURAL; 5.3 – EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004, LEI 9.299/1996, LEI 13.491/2017 E PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL; 6 – BIBLIOGRAFIA; 7 – JURISPRUDÊNCIA DO TEDH CITADA; 8 – JURISPRUDÊNCIA DO TIADH CITADA.

*“If you have ten thousand regulations,
you destroy all respect for the law”*
Sir Winston Churchill

1 – INTRODUÇÃO

Usualmente relegada a um segundo plano (para não falar que é simplesmente olvidada), a Justiça Militar brasileira voltou a ser palco e alvo de intensos debates em meados de outubro, graças à publicação da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017,³ que alterou a redação clássica do art. 9º do Decreto-lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar – CPM).

Enquanto o País, de uma forma geral (e algumas Unidades Federativas, de forma específica), assistia ao pontual e repetido acionamento das Forças Armadas para atuação no campo da segurança pública (ou segurança interna), atendendo à parte final do preceito do art. 142, *caput*, da Constituição da República, por meio de *operações de garantia da lei e da ordem*, no plano legislativo era gestada verdadeira revolução copérnica referente ao âmbito de alcance daquilo que denominamos de “Direito penal militar”.

Com efeito, com as atenções voltadas para a possível e iminente alteração da competência para o processo e julgamento⁴ dos crimes dolosos contra a vida praticados por militar – no exercício da função militar – contra vítima civil e o correlato debate sobre qual órgão jurisdicional que deveria/deverá conhecer da matéria, foi a comunidade jurídica surpreendida por uma reforma mais profunda e impactante, consistente na nova redação do art. 9º, inciso II, do Código Penal Militar.

Sob a égide do sistema anterior, vigente desde 1969, trabalhávamos com o sistema de “crimes militares próprios” e “crimes militares impróprios”, configurados pela qualidade especial do sujeito ativo (“militar ou assemelhado”, como regra) e pela necessidade de subsunção típica da conduta a preceito normativo contido especificamente no Código Penal Militar. A

3 Com publicação no Diário Oficial da União em 16 de outubro de 2017, quando, por força do seu art. 3º, passou a ter vigência (BRASIL, Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar, Brasília, DF, out 2017).

4 Na verdade, como veremos no item 5.1 desta exposição, a preocupação deve recair sobre a “investigação, processo e julgamento”, importando saber qual órgão, se militar ou civil, que deverá atuar ainda na fase pré-processual.

diferença da qualidade do crime militar, se próprio ou impróprio, referia-se apenas à repetição da tipificação da conduta em diploma estranho ao Caderno Repressivo Castrense: se a conduta fosse incriminada exclusivamente no CPM, trabalharíamos com a figura do crime militar próprio (como nos casos de abandono de posto, descumprimento de missão e deserção); de outro giro, quando a conduta também encontrasse incriminação em outros diplomas legais (como no caso do roubo, estupro ou corrupção), teríamos a categoria dos crimes militares impróprios.

Essa dicotomia espelhada em um “universo particular” (entendido como a previsão de crimes militares apenas no Código Penal Militar) conduzia a uma decantada defasagem dos delitos militares, quando comparados à legislação criminal comum.⁵

E, sob o argumento da necessidade de atualização da legislação penal castrense, o Parlamento brasileiro usou expediente de baixa técnica legislativa: ao invés de proceder à revisão detalhada de toda a legislação criminal comum e extravagante, ponderando sua pertinência com a tutela penal de interesses militares (e a necessária calibragem e equalização de penas para condutas previstas em diplomas distintos), o legislador da reforma limitou-se a acrescentar disposição até então inédita na justiça de caserna: passou a considerar crimes militares, em tempo de paz, “os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal”, quando praticados na forma dos incisos do art. 9º, inciso II.

2 – A LEI 13.491/17 E O NOVO E CONCENTRADO CONCEITO DE CRIME MILITAR: A ATUALIZAÇÃO DE TODA A LEGISLAÇÃO PENAL MILITAR PELA ALTERAÇÃO DE UM ÚNICO DISPOSITIVO (ART. 9º, II)

O art. 9º do CPM passa, agora, pela sua terceira alteração legislativa, desde 1969. Desde sua origem, busca disciplinar o conceito de crime militar, em suas variadas situações, bem como, por via de consequência, fixar a competência da Justiça Militar.

Como visto, o critério inicialmente utilizado seguia uma lógica simples: em regra, considerávamos crimes militares aquelas condutas previstas exclusivamente no Código Penal Militar ou por ele regulamentado/redigido de forma diferente e própria (*crimes militares próprios*) e aqueles que, embora previstos também no Código Penal Militar, contavam com igual definição na lei penal comum (*crimes militares impróprios*).

Após a alteração promovida pela Lei 13.491/2017, a nova redação do art. 9º apresenta duas grandes alterações:

5 Apenas a título de ilustração, a Lei 12.015/2009 alterou o Título VI do Código Penal comum, introduzindo o conceito de *crimes contra a dignidade sexual*, revisando condutas e penas dos crimes previstos nos arts. 213 e seguintes. No entanto, o legislador simplesmente ignorou a existência de condutas atentatórias à liberdade sexual no âmbito castrense, deixando de promover a revisão do Capítulo VI, do Título IV, do CPM, acarretando uma injustificada disparidade de tipificações e de penas abstratamente previstas, para condutas ontologicamente idênticas.

(i) os crimes dolosos contra a vida, quando praticados por militar das Forças Armadas contra vítima civil, no contexto: (a) do cumprimento de atribuições estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; (b) de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou (c) de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição da República, na forma do Código Brasileiro de Aeronáutica, da Lei Complementar de preparo e emprego das Forças Armadas, do Código de Processo Penal Militar e do Código Eleitoral, serão investigados, processados e julgados no âmbito da Justiça Militar da União (sendo expressamente afastada a competência do Tribunal do Júri); e

(ii) no cenário dos crimes não dolosos contra a vida, o legislador optou por expandir o universo de crimes militares, derrubando as barreiras de contenção da redação original (“crimes previstos neste Código”), passando a conceder a natureza militar aos crimes previstos no próprio CPM e na legislação penal, quando praticados: (a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; (b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; (c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e (e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar.

A mudança legislativa pode ser assim comparada:

<i>redação original</i>	<i>redação atual</i>
Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:	Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;	I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;
II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:	II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)
a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;	a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;	b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) por militar em situação de atividade ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal;

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; ([Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996](#))

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada. ([Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996](#))

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum. [\(Parágrafo incluído pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996\)](#)⁶

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri. [\(Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017\)](#)

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: [\(Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017\)](#)

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; [\(Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017\)](#)

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou [\(Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017\)](#)

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: [\(Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017\)](#)

a) [Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986](#) - Código Brasileiro de Aeronáutica; [\(Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017\)](#)

b) [Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999](#); [\(Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017\)](#)

c) [Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969](#) - Código de Processo Penal Militar; e [\(Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017\)](#)

d) [Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965](#) - Código Eleitoral. [\(Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017\)](#)

A primeira nota a ser registrada diz respeito à insubsistência da dicotômica classificação *crime militar próprio* e *crime militar impróprio*, pois, agora, temos três categorias: (i) crimes militares previstos exclusivamente no Código Penal Militar (sem paralelo em outros diplomas); (ii) crimes militares previstos no Código Penal Militar e com previsão idêntica ou similar em outros diplomas; e (iii) crimes militares sem previsão no Código Penal Militar e englobados a partir da legislação penal pela incidência de uma das hipóteses de afetação do bem jurídico (*interesse militar*).

⁶ Cumpre assinalar que o antigo parágrafo único do art. 9º do CPM foi alterado em 2011, pela Lei nº 12.432, fixando: Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica. Tal redação encontra-se contemplada, atualmente, art. 9º, inciso III, alínea a, do CPM, com a redação incluída pela Lei 13.491/2017.

O conceito de crimes militares não é definido em termos constitucionais, haja vista que os arts. 124 e 125, § 4º, da CRFB, limitam-se a fazer referência a “crimes militares definidos em lei”, delegando o legislador constituinte referida missão ao legislador ordinário (critério *ratione legis*). Importante, portanto, acompanharmos ROSSETTO quando afirma que o fato de o crime ser militar define a competência da Justiça Militar, que não julga o militar e sim o crime quando militar.⁷

Em relação à tipicidade (conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal incriminadora),⁸ o art. 9º, inciso II, passa a figurar, portanto, como espécie da chamada *norma de adequação típica mediata ou indireta*,⁹ que demanda critérios para sua identificação: *ratione materiae* (qualidade militar do ato analisado), *ratione personae* (caráter militar do agente), *ratione loci* (qualidade do local onde a conduta é desenvolvida), *ratione temporis* (momento da realização da conduta) e *propter officium* (em razão da função).

3 – AS CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DO ATUAL CONCEITO DE CRIMES MILITARES

7 ROSSETTO, Enio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 74.

8 SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 189.

9 A alteração legislativa traz um sério e despercebido problema: algumas condutas, mesmo com previsão expressa e direta no Código Penal Militar, só ganham a natureza de militar quando submetidas ao juízo de adequação típica mediata pelo art. 9º, inc. II, do CPM. Neste particular, a título de exemplo, “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”, atualmente, encontra adequação típica no art. 129 do CP e no art. 209 do CPM. Para qualquer dessas hipóteses, há necessidade da leitura típica a partir do art. 9º, II, CPM. Só haverá crime militar caso haja afetação de algum interesse militar e, assim, haveria uma duplicidade de normas disponíveis na legislação para cuidar das *lesões corporais dolosas*, não sendo possível falar – posto inexistente – numa *norma de adequação típica mediata seletiva*, que escolha entre duas ou mais normas com idêntico conteúdo, qual deverá reger a questão. Entre duas normas penais em foco, como apontado por TOLEDO, existe uma certa relação de hierarquia, de modo que a aplicação de uma esgota a punição do fato, excluindo a aplicação cumulativa da outra (*concurso aparente de normas*). Note-se que não é possível falar em relação de “especialidade” no presente caso, pois a *lex specialis* deve conter todos os elementos da norma geral e mais o elemento especializador. A norma especial contém um *plus*, que o distingue da norma geral (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 50-51). No caso dos antigos *crimes militares impróprios*, o “elemento especializante” era concedido pela aplicação da redação restrita do art. 9º, inc. II, CPM, que concedia a natureza militar ao tipo penal previsto exclusivamente no Código Penal Militar. Neste particular, NEVES e STREIFINGER afirmam que os “crimes previstos na Parte Especial do Código Penal Militar carecem, para sua perfeita tipificação, de complementação da Parte Geral” (NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de direito penal militar*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132). Com efeito, os arts. 9º e 10 são indispensáveis normas de extensão para a tipicidade do crime militar. O operador do direito harmoniza os requisitos dos arts. 9º e 10 com os crimes previstos na Parte Especial.

A alteração legal, com expansão da competência penal militar para toda a legislação penal, acarreta uma série de consequências para a investigação, processo e julgamento dos crimes militares, tanto dos fatos praticados a partir de 16 de outubro de 2017, bem como daquelas demandas já em curso.

3.1 – COMPETÊNCIA PARA CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

Neste tema, optou o legislador da reforma por fazer distinção quanto ao sujeito ativo e as condições/situações na qual a conduta é realizada.

Como regra, prevalece a ideia, praticada desde 1996 (por força do comando da Lei nº 9.299/96), que os crimes dolosos praticados contra vida de civil deverão ser processados e julgados perante o Tribunal do Júri, afastando-se o conhecimento e intervenção da Auditoria da Justiça Militar. Da mesma forma, quando o crime doloso contra a vida é praticado por militar da ativa contra militar, não há que se falar em competência do Tribunal do Júri, ficando o tema no âmbito da Justiça Militar.

A Lei nº 13.491/17 não trouxe qualquer alteração desse raciocínio em relação aos crimes dolosos contra a vida praticados por militar estadual (Policia Militar ou Bombeiro Militar) contra a vida de civil. Permanece o raciocínio jurídico aplicado a partir de 1996, com a competência do Tribunal do Júri para o processo e julgamento.

A mudança surge especificamente quando o sujeito ativo for militar das Forças Armadas, pois, dependendo do momento da realização do homicídio, o caso deverá ser processado e julgado pela Auditoria da Justiça Militar da União.

Antes de enfrentarmos os casos em que a competência do Tribunal do Júri será afastada, devemos registrar que, no seu projeto original (Projeto de Lei nº 44, de 2016), a Lei nº 13.491/17 contava com um art. 2º, que cuidava de hipótese de lei penal temporária, desenhada para ter vigência até 31 de dezembro de 2016, e, claro, ter seus efeitos estendidos para os fatos praticados durante sua existência (ultratividade).¹⁰

Referida provisoriedade justificava-se – na proposta legislativa – em razão do emprego das Forças Armadas como instrumento de segurança pública no período temporal correspondente à realização dos Jogos Olímpicos na cidade do Rio de Janeiro (Rio2016) e por conta de uma antiga e reiterada reclamação dos Comandantes das Forças Armadas, quanto à sujeição de seus comandados à Justiça Criminal comum (especialmente em casos de crimes dolosos contra a vida).

A mensagem de veto (ao referido art. 2º), que acompanha a publicação da Lei nº 13.491/17, assevera que as hipóteses que justificam a competência da Justiça Militar da União “não devem

¹⁰ Na redação do projeto: “Art. 2º Esta Lei terá vigência até o dia 31 de dezembro de 2016 e, ao final da vigência desta Lei, retornará a ter eficácia a legislação anterior por ela modificada.”

ser de caráter transitório, sob pena de comprometer a segurança jurídica”. Acresce que “o emprego recorrente das Forças Armadas como último recurso estatal em ações de segurança pública justifica a existência de uma norma permanente a regular a questão”.

Ainda que discordemos das razões que conduziram à elaboração da nova norma (mesmo que considerada sua tresdestinação), fato é que, do ponto de vista de opção político-criminal, o legislador foi bastante eloquente, optando por retirar exclusivamente uma categoria de agentes (Militares ativos das Forças Armadas), em condições de ação específicas (art. 9º, § 2º, CPM), do âmbito de conhecimento e julgamento do Tribunal do Júri.

3.1.1 – HOMICÍDIO DOLOSO PRATICADO POR MILITAR ESTADUAL CONTRA CIVIL E A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DOS CRIMES CONEXOS QUE AFETEM INTERESSE MILITAR

À primeira vista, e como referido no item anterior, a lógica do sistema, em relação aos crimes dolosos contra a vida de civil praticado por militar estadual da ativa, permanece inalterada desde 1996, competindo ao Tribunal do Júri o seu processo e julgamento.

No entanto, a realidade da persecução penal, fora das hipóteses da nova redação do art. 9º, § 2º, do CPM, também sofreu importantes impactos.

Temos, na verdade, duas competências de fundo constitucional expresse. Vale dizer, o Tribunal do Júri surge fixado no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “d” (“competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”), ao passo que a Justiça Militar conta com as passagens fixadas nos arts. 124 (“à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei” e a “lei disporá sobre (...) a competência da Justiça Militar”) e 125, §§ 4º e 5º (“Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças” e “Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares”).

Na prática cotidiana, vem à mente imediatamente a regra contida no art. 78, inciso I, do CPP, que informa a prevalência da competência do Tribunal do Júri no caso de concurso entre crime doloso contra a vida e crime da competência de outro órgão da jurisdição (comum), critério amplamente divulgado como a *vis atrativa* do Júri, ou seja, a capacidade de determinar a atração das outras matérias ao universo de conhecimento e julgamento do Tribunal do Júri.

No entanto, tal disciplina deverá ser compatibilizada com a regra do mesmo art. 78, inciso IV (prevalência da Justiça Especial), importando em separação obrigatória do processo, na forma do art. 79, inciso I, do CPP.

O Código de Processo Penal Militar possui regramento correlato, previsto no art. 102, alínea “a”, dispondo sobre a unidade de processo a partir da conexão e continência. O comando legal excepciona essa união em casos especiais, elencando o concurso entre a jurisdição militar e a comum como um deles. Ocorre que essa disposição deverá ser lida à luz da disciplina imposta pela Lei nº 13.491/17 à redação do art. 9º, inciso II, do CPM, que gerou, a partir de meados de outubro, uma *vis atrativa* para a Justiça Castrense.

Assim, na eventualidade de um militar da ativa praticar um crime doloso contra a vida de civil – sempre ressalvada as hipóteses desenhadas no art. 9º, § 2º, do CPM – em concurso com outra infração penal militar, ocorrerá a situação de separação obrigatória do processo, sendo o crime doloso contra a vida remetido para processo e julgamento perante o Tribunal do Júri e o crime conexo submetido à Auditoria da Justiça Militar.

Apenas a título ilustrativo, podemos figurar a situação de Policial Militar que, em situação de patrulhamento, rende uma civil e contra ela, mediante violência, mantém conjunção carnal (art. 232 do CPM). Posteriormente, consumado o ato e visando manter a impunidade em relação ao delito anterior, ceifa a vida da vítima (art. 121, § 2º, inciso V, do CP). Ainda que reconhecida a escancarada conexão entre as infrações penais, cada delito deverá ser processado e julgado em esferas distintas.

Frisamos, apenas por amor ao debate, que eventual delito conexo ao crime doloso contra a vida de civil, praticado por militar da ativa fora de contexto que revele interesse militar, manterá a regra padrão, seguindo para o Tribunal do Júri, junto com o crime principal. Assim, utilizando elementos do exemplo anterior, se o Policial Militar estivesse de folga, fora de área sujeita à administração militar, sem exercer qualquer atividade que atinja interesse militar, o homicídio doloso e o estupro seriam de competência integral do Tribunal do Júri.

3.2 – COMPETÊNCIA PARA OS CRIMES NÃO DOLOSOS CONTRA A VIDA

A nova redação do art. 9º, inciso II, do CPM, reconfigurou a realidade da atuação da Justiça Militar. Como já asseverado, atualmente temos três hipóteses de incidência e identificação de crimes militares: (i) crimes previstos exclusivamente no Código Penal Militar (seja pela adesão de elementos especializantes ao tipo penal, seja pela inexistência de paralelo na legislação penal comum – inciso I); (ii) crimes previstos no Código Penal Militar e, de igual forma, na legislação penal comum (inciso II, primeira parte); e (iii) infrações penais previstos na legislação penal comum e sem paralelo na legislação castrense (inciso II, segunda parte). Para que a competência da Justiça Militar ganhe dimensão nestas duas últimas hipóteses, precisamos que condições objetivas sejam delineadas ou, ao menos, um interesse militar seja atingido.¹¹

11 Conforme dispõe a lei: “ II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

- a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
- b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em

Nesta toada, se militares se reúnem, de forma permanente e estável, para a prática de crimes de fraudes às licitações da Organização Militar que integram, as infrações penais praticadas, não importa a sua localização geográfico-legal, serão da competência da Justiça Militar.

O impacto da nova lógica legal recai imediatamente sobre três condutas criminosas: a associação criminosa (art. 288 do CP), a tortura (Lei nº 9.455/97) e o abuso de autoridade (art. 4º da Lei 4.898/65). No entanto, repetimos, todas as infrações penais da legislação brasileira, quando praticadas nas condições do art. 9º, inciso II, do CPM (excetuados os crimes dolosos contra a vida de civil praticados fora das hipóteses do art. 9º, § 2º, do CPM), serão da competência da Justiça Militar.¹²

3.2.1 – COMPETÊNCIA PARA CRIMES NÃO DOLOSOS CONTRA A VIDA PRATICADOS POR INTEGRANTES DA FORÇA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA

A Força Nacional de Segurança Pública (FNSP) é órgão vinculado ao Ministério Extraordinário da Segurança Pública, estruturado pela Lei nº 10.201/2001 e regulamentado pelo Decreto Federal nº 5.289/2004.

Por meio de convênio celebrado com a União, os demais entes políticos permitem a cessão de servidores (civis e militares) para compor os quadros da Força Nacional. Assim, em eventos extraordinários, é possível o emprego da FNSP, mediante requerimento ou autorização da região afetada, reestabelecendo as condições normais de segurança pública.

Questão interessante surge quando, no contexto de operação de segurança pública integrada por membros da Força Nacional de Segurança Pública, for praticado, por Policial ou Bombeiro Militar (cedidos à FNSP), crime diverso de homicídio previsto no CPM ou na legislação extravagante.

De início, cumpre destacar que, na dicção do art. 5º, do Decreto Federal nº 5289/2004,¹³ não perde o vínculo originário o servidor militar cedido à Força Nacional de Segurança Pública.

formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar”.

¹² Excepcionamos, de igual forma, os crimes praticados por civil em desfavor da Administração Militar Estadual, que não seguirão para o processo e julgamento perante a Auditoria da Justiça Militar, por expressa vedação constitucional (art. 125, §§ 4º e 5º, da CRFB).

¹³ Art. 5º Os servidores de órgãos de segurança pública mobilizados para atuar de forma integrada, no programa de cooperação federativa, ficarão sob coordenação do Ministério da Justiça enquanto durar sua mobilização, mas não deixam de integrar o quadro funcional de seus respectivos órgãos.

Trata-se de uma decorrência lógica do contraste entre dois institutos jurídicos de Direito Administrativo: a *cessão* e a *transferência*. De acordo com a doutrina:

“A *cessão* não se confunde com a *transferência*: naquela há o empréstimo temporário do servidor, ao passo que nesta se concretiza, como vimos, o deslocamento definitivo do servidor para outro cargo, inclusive com mudança de cargo.”¹⁴

Assim, assenta-se que o servidor militar cedido pelo Estado Federado – ou pelo Distrito Federal – não é incorporado à Força Nacional, mas permanece sob regime militar – independentemente do ônus da cessão.

Não fazendo cessar tais deveres enquanto militar, é forçoso reconhecer que mesmo na condição de cedido, o membro da Força Nacional de Segurança pode responder por crime militar, naturalmente decorrente de atividades de natureza militar por ele desempenhadas. Até porque, nos termos do convênio celebrado, emprega o órgão cedente seus servidores em missão típica de segurança pública.

Prestigiando esse entendimento, o II Encontro Nacional do Ministério Público com atuação na Justiça Militar, promovido pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), aprovou os seguintes enunciados:

“2) A atuação do policial militar na Força Nacional de Segurança é função de natureza militar, por ser uma função em que ele é convocado legalmente por ser policial, no caso, policial militar, o que encontra previsão, corroborando, no art. 21, III, do R200 (Decreto nº 88.777/83). Isso implica na aplicabilidade das alíneas “c” e “d” do inciso III do artigo 9º do Código Penal Militar. (empate entre os integrantes do grupo – aprovado por maioria em Plenária)

3) O policial militar na Força Nacional de Segurança Pública pratica crime militar nas condições descritas no art. 9º, inciso I, e inciso II, alíneas a, b, d, e (aprovado por unanimidade). Sobre a alínea “c” do inciso II do artigo 9º do CPM, o grupo empatou na votação sobre a aprovação da seguinte conclusão: “O policial militar em atuação na Força Nacional de Segurança é considerado militar em serviço, nos termos da alínea c do inciso II do CPM, por ser uma função em que ele é convocado legalmente por ser policial, no caso, policial militar, o que encontra previsão, corroborando, no art. 21, inciso III, do R200 (Decreto nº 88.777/83).”

4) Em qualquer caso, a competência territorial para crimes militares cometidos por Policial Militar na Força Nacional de Segurança Pública é da Justiça Militar do Estado de origem.

5) Por aplicação analógica do artigo 250 do Código de Processo Penal Militar, o Inquérito Policial Militar pode ser feito pela Força Nacional de Segurança Pública. O Auto de Prisão em Flagrante, por sua vez, pode ser feito pela aplicação direta do mesmo artigo. Isso possibilita a apuração adequada, eficiente e oportuna.”¹⁵

14 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, p. 631.

15 CNMP. Consolidadas as conclusões do II Encontro Nacional do MP com atuação na Justiça Militar.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagrou juízo próximo, no enunciado nº 78 do seu caderno de Súmulas: *Compete à Justiça Militar processar e julgar policial de corporação estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra unidade federativa.*

Portanto, repise-se que a atividade policial militar segue sendo exercida pelo servidor cedido, ainda que fora da unidade federativa em que está vinculado. Tal prática, entretanto, não desnatura o vínculo funcional do militar com a Caserna e, tampouco, elide a responsabilidade por crimes militares praticados no contexto do ato administrativo de cessão.

Quanto à apuração, nos filiamos ao entendimento expressado pelo corpo de Promotores Militares, eis que o exercício de coleta de elementos de informação e provas irrepetíveis restaria inviabilizada frente às proporções continentais do país, desaparecendo vestígios imprescindíveis para a elucidação do feito, afora o custo desproporcional e pouco razoável da inquisição.

Todavia, ainda que realizada a investigação preliminar pela própria FNSP, pela autoridade militar do Estado em que praticou a infração (a depender se Policial Militar ou Bombeiro Militar), ou mesmo pela Polícia Civil, a competência não se prorroga àquela Comarca. Em síntese, findas as investigações, competente será o juízo militar do Estado *cessionário*, facultada a expedição de cartas precatórias com a finalidade de atingir a desiderato dos atos processuais de instrução.

3.3 – REFLEXOS PARA AS INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

As infrações de menor potencial ofensivo são identificadas por infrações penais com penas privativas de liberdade fixadas em – abstrato – até dois anos (art. 61 da Lei nº 9.099/95). Por força de uma opção bem clara de política criminal, as infrações de menor potencial ofensivo estão submetidas a um sistema de medidas despenalizadoras, consistentes – ainda que sem adesão a todas as hipóteses – em representação do ofendido, composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo.

A configuração da conduta como infração de menor potencial ofensivo coloca o réu em uma posição jurídica de vantagem, em termos de estratégia defensiva, pois permite a opção pela cláusula do não-litígio, ao fornecer a faculdade de aderir a ou ser beneficiado com uma medida despenalizadora. Dessa forma, sem que se reconheça culpa ou que se gere antecedentes, o autor do fato pode optar por aceitar a proposta de transação penal, submetendo-se à sanção penal diversa da privação de liberdade.

Sabemos de longa data, todavia, que essa posição jurídica de vantagem, a despeito do que eventualmente é praticado aqui e acolá, não encontra respaldo na Justiça Castrense, por expressa vedação legal (art. 90-A da Lei nº 9.099/95), sendo vedada a veiculação das medidas despenalizadoras mencionadas em procedimentos ou processos que envolvam crimes militares (próprios ou impróprios).

Publicado em 16/11/2016. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/9851-consolidadas-as-conclusoes-do-ii-encontro-nacional-do-mp-com-atuacao-na-justica-militar>>. Acesso em 20/11/2017.

Ao ampliar o universo de incidência da Justiça Militar, a Lei nº 13.491/97 acabou por abarcar também as infrações de menor potencial ofensivo, quando praticadas nas condições do art. 9º, inciso II, do CPM. A nova regulamentação, contudo, não alcançou ou abalou a redação do art. 90-A da Lei nº 9.099/95, permanecendo a vedação para aplicação dos institutos despenalizadores.

Esse quadro, no entanto, levará a uma dualidade de tratamentos, sendo o marco divisório o início da regência da Lei nº 13.491/17: as infrações de menor potencial ofensivo praticadas por militares (nas condições do art. 9º, inciso II, do CPM) antes da vigência da nova redação deverão permanecer na justiça criminal comum (Juizados Especiais Criminais), permitindo que as medidas despenalizadoras – a que o autor do fato já faz jus (regime de “direito adquirido processual”) – sejam veiculadas. Por outro lado, as infrações penais praticadas a partir de 16 de outubro de 2017, não permitem mais a veiculação de qualquer medida despenalizadora, permitindo o seu processo e julgamento direto na Justiça Militar.¹⁶

Apenas a título de provocação, deixamos alguns questionamentos que acabam retirando a autoridade da vedação contida no art. 90-A da Lei nº 9.099/95: a) nas chamadas “operações interagências” ou “operações em ambiente interagências” (aquelas em que ocorre interação das Forças Armadas com outras agências com a finalidade de conciliar interesses e coordenar esforços para a consecução de objetivos ou propósitos convergentes que atendam ao bem comum, evitando a duplicidade de ações, a dispersão de recursos e a divergência de soluções com eficiência, eficácia, efetividade e menores custos), em cenários de operações conjuntas, é possível que Militares e Civis desempenhem as mesmas condutas desviadas, que trarão consequências jurídico-penais diferentes;¹⁷ b) admitida como válida a aplicação da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que prevê no seu art. 18 o chamado “acordo de não persecução penal”,¹⁸ não faria sentido albergar esta medida diversionista e negar outros subprodutos do conceito de justiça penal negocial (como os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95).

3.4 – REFLEXOS PARA OS CRIMES CONEXOS

Cabe aqui um recorte para além do debate sobre as infrações de menor potencial ofensivo, mas que permitirá entender a lógica do raciocínio aplicado no parágrafo anterior.

16 Afasta-se, portanto, a máxima *tempus regit actum*, albergando-se o marco *tempus delicti*.

17 Caso, por exemplo, durante o desempenho de uma Operação de Garantia da Lei e da Ordem, em ambiente de operações interagências, Militares da Forças Armadas e Policiais Federais ingressem sem autorização no interior de uma residência, haverá a configuração do crime de violação de domicílio, que, todavia, trará consequências jurídico-penais distintas para cada envolvido, em que pese a essência da atividade desenvolvida ser idêntica para cada um dos envolvidos. Enquanto os Policiais Federais poderão se valer dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, Militares da Forças Armadas ficarão vedados.

18 Neste sentido: SILVA, Luiz Felipe Carvalho. As perspectivas de aplicação do acordo de não persecução na Justiça Militar da União: uma solução possível e efetiva, *in*: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* (coords.). *Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 228 e ss.

Via de regra, o fenômeno da sucessão das leis penais no tempo é regido por um duplo tratamento: a lógica da irretroatividade da lei penal mais grave (e a correlata ultra-atividade da lei penal mais benigna) e a incidência imediata da lei processual penal (atrelada ao conceito *tempus regit actum*).

Como corretamente asseverado por TAIPA DE CARVALHO, o pensamento jurídico-penal tradicional esqueceu-se de que, tal como no chamado direito penal material, também no direito processual penal, no direito da organização judiciária e no direito de execução das penas (sobretudo da pena de prisão: direito penitenciário), há normas que podem afetar os direitos individuais fundamentais. A arbitrariedade legislativa e judicial – motivação e causa originárias da consagração do princípio da legalidade penal e do seu corolário da proibição da retroatividade penal desfavorável – tem, também nestes domínios do direito penal em sentido amplo mas rigoso, um propício campo de afirmação.¹⁹

A maioria dos autores se contenta com a superficial afirmação da sua natureza processual-técnica e com o conseqüente princípio da aplicação imediata das normas processuais penais, sem que um esforço investigativo do real alcance da norma processual seja sindicado.

O autor português prossegue seu minucioso estudo, fazendo a *distinção*, no âmbito do direito processual penal, *entre normas de conteúdo material* – as que condicionam a responsabilização penal ou que contêm com os direitos fundamentais do investigado, réu ou recluso – e *as normas exclusivamente processuais ou formais* – as que estabelecem as formalidades do procedimento criminal.²⁰ Acrescenta que diferentemente do que se passa com outros ramos do direito, há entre o direito penal e o processo penal uma verdadeira relação de mútua complementariedade funcional, podendo mesmo dizer-se relação de interdependência ou de implicação biunívoca: o processo penal – tal como qualquer processo – pressupõe o direito penal, e o direito penal – diferentemente do que acontece com os ramos do direito não sancionatório – só se concretiza através do processo penal. O processo penal é, em rigor, o *modus existendi* do direito penal.²¹

Em síntese: o regime de incidência do art. 5º do Código de Processo Penal Militar e, de igual forma, o art. 2º do Código Penal Militar, aplicam-se a toda esfera de normas processuais

19 TAIPA DE CARVALHO, Américo Alexandrino. *Sucessão de leis penais*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008, pp. 347-348.

20 TAIPA DE CARVALHO, Américo Alexandrino. *Sucessão de leis penais...*, *cit.*, p. 349. O autor exemplifica as normas processuais penais materiais com aquelas situações que tratam da queixa, da prescrição, das espécies de prova, dos graus de recurso, da prisão preventiva e da liberdade condicional, fatores que, em suma, condicionam, a efetivação da responsabilidade penal ou contêm diretamente com os direitos do imputado ou do apenado. De outro giro, elenca na segunda categoria – normas processuais formais – aquelas que, regulamentando o desenvolvimento do processo, não produzem os efeitos jurídicos-materiais derivados das primeiras, indicando as formas de citação ou convocação, a redação dos mandados, as formas de audição e registro dos intervenientes processuais, formalidades e prazos dos exames periciais, formalidades e horários de buscas.

21 TAIPA DE CARVALHO, Américo Alexandrino. *Sucessão de leis penais...*, *cit.*, p. 350. Na mesma esteira, na doutrina nacional, LOPES JR. discorre o princípio da necessidade do processo penal e seu fundamento de existência, a instrumentalidade constitucional (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 31 e ss.).

que toca o interesse do imputado ou apenado.²² E, nesta toada, os princípios constitucionais da proibição da retroatividade da lei penal desfavorável e da imposição da retroatividade da lei penal favorável se aplicam às normas processuais penais materiais.

“Deste «direito repressivo» e da conseqüente proibição da retroactividade das suas normas desfavoráveis só se excluem as normas processuais penais que se referem «aos actos de pura técnica processual», valendo aqui, e só aqui, o princípio da aplicação imediata – tempus regit actum –, respeitando-se os actos praticados e «não podendo ser postos em questão, na sequênciã de uma lei nova, quer esta seja ou não mais favorável à pessoa perseguida».

*Enquanto que ao «direito processual técnico» pertencem normas sobre, p. e., redacção do auto de notícia, forma de citação, modo de realizar buscas ou apreensões, audição de testemunhas, já ao «direito repressivo» pertencem as normas sobre as condições de procedibilidade, espécies de prova e sua eficácia probatória, sobre a organização e competência dos tribunais penais, sobre o juízo de culpabilidade, determinação concreta da pena e respectiva fundamentação, sobre graus de recurso, sobre a liberdade condicional, sobre a reformatio in pejus, etc.”.*²³

Logo, nas hipóteses em que identificada for a incidência de uma norma material ou de uma norma processual penal material, a lei temporalmente competente será determinada pelo critério *tempus delicti*, permitindo a formulação de um juízo de irretroatividade ou retroatividade na aplicação da lei nova.²⁴

Na doutrina nacional, idêntica orientação é defendida por BADARÓ.²⁵ O Professor das Arcadas enfrenta expressamente a questão controvertida da possibilidade de aplicação da lei nova aos processos já em curso. Para tanto, invoca três sistemas de enfrentamento do problema da sucessão de leis processuais no tempo: (i) o da unidade processual, (ii) o das fases processuais e (iii) o do isolamento dos atos processuais.

²² TAIPA DE CARVALHO, Américo Alexandrino. *Sucessão de leis penais...*, cit., p. 358. LEONE, Mauro. *Il diritto penale nel tempo – aspetti costituzionali del principio d'irretroattività*. Napoli: Jovene, 1980, p. 90.

²³ TAIPA DE CARVALHO, Américo Alexandrino. *Sucessão de leis penais...*, cit., p. 361.

²⁴ TAIPA DE CARVALHO, Américo Alexandrino. *Sucessão de leis penais...*, cit., p. 368.

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito intertemporal, in: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 20. Por amor à técnica, devemos assinalar que o autor faz expressa distinção, valendo-se da lição de ROUBIER, entre o princípio *tempus regit actum* e a ideia de retroatividade da lei processual. Retroatividade seria a imposição de uma lei a fatos pretéritos ou situações consumadas antes do início de sua vigência. Já a aplicação imediata é a sua incidência sobre fatos e situações pendentes quando a lei entra em vigor. O autor assevera que o “marco cronológico, seja para as leis penais, seja para as leis processuais penais mistas, ou com conteúdo material, deve ser, sempre, a data do cometimento do delito” (...) “...A retroatividade da lei penal leva em conta o *tempus delicti*. Já a aplicação imediata da lei processual leva em conta o momento da prática do ato processual. Tal ato processual só pode ser posterior ao delito, pois é ato de um processo que visa a apurar justamente aquele delito praticado no passado. Assim, não coincidindo os referenciais, falar que a aplicação imediata da lei processual não fere a vedação da irretroatividade da lei penal pode ser um mero artifício de retórica, para violar a garantia decorrente do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa”.

“Pelo sistema da unidade processual, uma única lei deve reger todo o processo. No caso, a lei velha continuaria ultra-ativa. A solução oposta, de regência pela lei nova, implicará a sua retroação, com a ineficácia dos atos processuais anteriormente praticados, o que violaria os direitos processuais adquiridos das partes, com desperdício da atividade processual.

No segundo sistema, das fases processuais, deve ser considerada, separadamente, cada uma das fases processuais autônomas, quais sejam a postulatória, a ordinatória, a instrutória, a decisória e a recursal, que poderão ser regidas, de per si, por uma lei diferente. Conseqüentemente, a lei anterior será ultra-ativa até o final da fase que estava em curso, quando entrou em vigor a lei nova, que só passará a ser aplicada a partir da fase seguinte.

*Finalmente, no sistema do isolamento dos atos processuais, admite-se que cada ato seja regido por uma lei, o que permite que a lei velha regule os atos já praticados, ocorridos sob sua vigência, enquanto a lei nova terá aplicação imediata, passando a disciplinar os atos futuros, sem as limitações relativas às fases do processo”.*²⁶

Invocando o conceito mais aceito de procedimento (*sequência de atos isolados, mas teleologicamente unidos entre si, de forma que um ato seja causa do subseqüente, e assim sucessivamente, até o ato final*), BADARÓ conclui pela impossibilidade da adoção, em todos os casos, do isolamento absoluto dos atos processuais.²⁷ Logo, ainda que o legislador não tenha adotado o sistema que leva em conta as fases processuais, deverá o juiz ter em vista a natureza do processo e a conotação entre seus atos, ou grupo de atos, na verificação da lei aplicável.

Tal orientação permite a adoção do sistema das *fases processuais*, com especial isolamento das fases postulatória e instrutória: “...Os processos que já estavam com a fase instrutória iniciada quando a lei entrou em vigor deverão seguir sob o império da lei antiga, até a sentença de primeiro grau. Ou seja, uma vez iniciada a instrução sob a vigência da lei anterior, deverá ela ser ultra-ativa até a sentença”.²⁸

Como argumento final, BADARÓ lembra a disciplina do art. 6º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal – Decreto-lei 3.931/1941 –, que estabelece: “*As ações penais, em que já se tenha iniciado a produção da prova testemunhal, prosseguirão, até a sentença de primeira instância, com o rito estabelecido na lei anterior*”.²⁹

26 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito intertemporal..., cit., pp. 23-24.

27 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito intertemporal..., cit., p. 26.

28 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito intertemporal..., cit., p. 27.

29 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito intertemporal..., cit., p. 27, nota 25. O autor lembra, ainda, do critério adotado pelo legislador, quando da entrada em vigor do procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/95, cujo art. 90 dispõe: “As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver concluída”.

3.5 – LIMITES PARA O DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA: PRECLUSÃO E SISTEMA RÍGIDO DE PROGRESSÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

No processo penal (qualquer que seja o “ramo” considerado), as partes possuem direito ao procedimento tipificado, composto por normas cogentes de observância obrigatória, até mesmo pelo órgão julgante.

Para os fatos não tipificados no CPM ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.491/17 (*tempus delicti*), o procedimento tipificado imposto pelo legislador, num primeiro momento, era um dos procedimentos previstos no art. 394 do CPP. No entanto, com a nova regência legal, devemos adotar o procedimento padrão previsto no CPPM (ressalvado os procedimentos especiais, como o da deserção). E, ainda que consideremos os efeitos gerados por “correções de rota” determinadas pelo Supremo Tribunal Federal (como no caso do HC 127.900, que reposicionou o interrogatório ao final do procedimento penal militar, mesmo sem alteração legal), os procedimentos do Código de Processo Penal comum são, probatória e estrategicamente melhores para a Defesa, posto mais amplos.

Seguindo a sabença de DINAMARCO, é possível fixar que cada ordenamento jurídico opta por rigor maior ou menor, na exigência da ordem em que os atos do procedimento devem ser realizados. O brasileiro adere tradicionalmente ao sistema de *procedimento rígido*, caracterizado pela nítida distribuição dos atos processuais em *fases* e pelo emprego acentuado do instituto da *preclusão*, destinado a impedir retrocessos.³⁰

A lei brasileira não define de modo direto as fases do procedimento, sequer com referência ao procedimento padrão (o ordinário). A delimitação destas é o resultado de um antigo trabalho doutrinário de reconstrução sistemática, consistente em agrupar os atos do processo segundo sua finalidade comum e levando em conta a ordem em que eles se sucedem: a primeira fase começa logo com o ato de iniciativa do demandante (propositura da demanda) e cada uma das demais, no ponto em que termina a precedente (concernentes ao juízo de admissibilidade da imputação, à instrução probatória, aos debates e ao julgamento).

O instituto da *preclusão* tem imensa relevância no sistema brasileiro de procedimento rígido. Ele dá apoio às regras que regem a ordem sequencial de realização dos atos do procedimento e sua distribuição em fases. Quando a preclusão ocorre, já não poderá a parte realizar eficazmente o ato a que tinha direito nem exigir do juiz os atos que antes poderia exigir. Com isso, ela é um dos grandes responsáveis pela *aceleração processual*. Segundo as circunstâncias em que ocorre, a preclusão será: a) *temporal*, quando decorre do decurso do prazo sem a prática do ato que a parte tinha o poder ou a faculdade de realizar; b) *lógica*, que é a consequência da prática de um ato incompatível com a vontade de exercer a faculdade ou poder; c) *consumativa*, pelo exercício da própria faculdade ou poder. Indica a doutrina uma outra categoria de preclusão, que se pode reputar *mista*, ocorrente quando presentes cumulativamente dois requisitos, que são o decurso do tempo e o prosseguimento do processo.³¹

30 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 455.

31 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual...*, cit., pp. 456-457.

Discorrendo sobre o procedimento no processo penal, destaca SCARANCE FERNANDES:

“O procedimento, além de ser revitalizado como instituto de fundamental importância no direito processual, foi considerado importante elementos de legitimação do poder decisório do Estado, em quaisquer planos de sua atuação: legislativo, administrativo e judiciário. Mais que isso. Entendeu-se que há um direito ao procedimento, alçado a direito fundamental. Enunciados objetivamente os princípios das normas dos direitos fundamentais constitucionais, deles derivam direitos subjetivos individuais passíveis de serem reunidos em três posições jurídicas fundamentais em relação ao Estado: o direito a ações negativas ou positivas do Estado; o direito a que o exercício das liberdades seja permitido ou que as liberdades sejam protegidas pelo Estado; o direito a que o Estado fixe os poderes ou competências do cidadão. É na subespécie dos direitos a ações positivas do Estado que se insere o direito ao procedimento.

De maneira embrionária, a doutrina, há muito tempo, sentia a existência de um direito ao procedimento. João Monteiro, ao ressaltar que os atos do processo constituem atos solenes preestabelecidos, acentuava que é nessa forma ‘que reside a condição vital da autenticidade dos atos forenses, sem a qual não pode haver garantia de direito’.

(...)

Na atualidade, segundo Alexy, nenhuma idéia despertou tanto interesse como a que estabelece uma conexão entre direitos fundamentais, organização e procedimento, e, para o que interessa ao estudo, a idéia de que a organização e o procedimento são meios essenciais para se obter, no ordenamento, resultados eficazes das normas de direito fundamental.

*Em síntese, extrai-se do conjunto de normas constitucionais um direito ao procedimento como direito à ação positiva do Estado para tornar efetivo os direitos fundamentais. Nesse sentido amplo, o procedimento é posto como um ‘sistema de regras e ou princípios para obtenção de um resultado’, e, assim, o direito ao procedimento constitui um direito a esse sistema de regra e/ou princípios”.*³²

Toda norma processual deve incorporar o sentido do princípio publicístico, ou seja, deve obedecer a dupla inspiração: proteger a liberdade e acautelar a eficácia do processo, direcionado à satisfação, no futuro, do direito de punir. A lei processual, assim dimensionada, e como já referido, contém intrinsecamente direito material, quando protege ou limita a liberdade de alguém. Nestes termos, existe ambivalência na lei: ora ela se comunica como garantia de liberdade, ora como privação de liberdade.

Levando-se em consideração essa particularidade da norma processual penal, desenvolveu-se em doutrina a *teoria da tipificação processual penal*, segundo a qual os atos processuais penais devem corresponder ao modelo estabelecido em lei. Consideramos, neste particular, que a terminologia “tipicidade” é utilizada como condição-limite à atuação estatal, à validade e à eficácia dos atos processuais.

³² SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 37-39.

Não pode, neste sentido, a lei com efeitos processuais nova ser utilizada como forma de “volta no tempo”, permitindo que a regência nova alcance fatos já praticados (o que já foi chamado aqui de *direito adquirido processual*). É dizer: iniciada a prática de determinada fase procedimental, a lei do *tempus delicti* deve regê-la.

Tal quadro ganha especial relevância no processo penal, quando se pensa no conjunto “audiência de instrução e julgamento” e na regência da identidade física do julgador (art. 399, § 4º, do CPP, subproduto do princípio da imediação processual penal),³³ o que impossibilita que o ato de instrução (produção e colheita probatória em juízo) seja fracionado e encaminhado à apreciação de um novo magistrado.

3.6 – LIMITES PARA O DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA: JUIZ NATURAL

Prosseguindo sob os ensinamentos de BADARÓ, é possível conceituar o princípio do juiz natural como norma substancial que impõe, sem ressalvas ou flexibilizações, que o juiz competente deve ser um juiz legalmente predeterminado, segundo as regras de competência vigentes no momento da prática do fato delitivo:³⁴ regra do *tempus criminis regit iudicem*.

A alteração superveniente importaria num enfraquecimento dessa garantia, permitindo-se uma escolha (ainda que de natureza legislativa) de um juiz alternativo, que sucederá o juiz natural no processo e julgamento de determinado caso penal.

3.7 – REFLEXOS PARA A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR MILITAR

Por certo, com a enorme dilação de competência da Justiça Especializada Militar para processo e julgamento dos novos crimes militares, em igual proporção expande-se a atribuição da Polícia Judiciária Militar e do Ministério Público Militar para a realização da investigação preliminar relacionada a tais delitos.

Esse “deslocamento” de atribuições, além de assoberbar a estrutura dos órgãos que exercem o poder de investigação, também acarreta na concentração de procedimentos que envolvam grandes tramas criminosas, usualmente conectadas à macrocriminalidade, lavagem de dinheiro e atuação sistemática de organizações criminosas, seja com protagonismo de militares, seja em colaboração à prática criminosa estruturada alheia.

À conta disso, não é exagerado concluir que houve uma mitigação da separação

33 Sobre o tema: ALONSO GOMES, Décio. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 139 e ss.

34 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 479.

constitucional³⁵ entre polícia judiciária e ostensiva, em rumo a um ciclo completo de polícia, diante o alargamento do objeto de investigação das polícias militares, de protagonismo claro das instituições persecutórias militares em detrimento das civis.

No cotidiano fluminense, abre-se exceção à atuação da Delegacia de Repressão às Ações Criminosas Organizadas e de Inquéritos Especiais (DRACO/IE)³⁶ e da Subsecretaria de Inteligência (SSINTE), eis que diretamente ligadas à Secretaria de Estado de Segurança (SESEG) e, portanto, situadas em patamar hierárquico superior à Corregedoria da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro.

De igual sorte, a Corregedoria Geral Unificada³⁷ amplia sua competência original, persecutória e correicional, eis que subordinada diretamente à Pasta Estadual.

3.8 – AÇÃO PENAL E NATUREZA DOS CRIMES MILITARES: A ATUAL NATUREZA BIFRONTE DE ALGUNS DELITOS DA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE MILITARIZADOS (CRIMES DE AÇÃO PRIVADA OU PÚBLICA MEDIANTE REPRESENTAÇÃO NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE E SUA MILITARIZAÇÃO)

O alargamento do conceito de crime militar altera, de modo fundamental, a análise da modalidade de ação penal conforme o caso, quando na legislação extravagante se imponha a necessidade de representação – se de natureza pública –, ou da necessidade de promoção de ação penal privada diretamente pelo titular ou seus sucessores – ou seja, por meio de *queixa-crime*.

Essa análise recai sobre os “novos” delitos de competência do Juízo “Universal” da Auditoria Militar, sobretudo. Na clássica e dualógica divisão entre crimes própria e impropriamente militares, inexistia necessidade de estudo sobre a titularidade (e condicionamento para seu exercício) da ação penal militar.

Nesse sentido, destaque-se o art. 121 do Código Penal Militar e o art. 29 do Código de Processo Penal Militar reforçam a natureza pública e incondicionada (via de regra³⁸) do exercício do *jus puniendi*.

35 De acordo com o art. 144, da Constituição da República: “§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. § 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.”

36 A DRACO/IE encontra-se subordinada diretamente à Secretaria de Estado de Segurança, na forma do art. 2º do Decreto Estadual 25.522, de 18 de agosto de 1999.

37 A Corregedoria Geral Unificada (CGU) é estruturado pelo Decreto Estadual nº 27.789 de 22 de janeiro de 2001.

38 Aqui, excepciona-se as ações submetidas à requisição do Ministro da Justiça ou do Ministério a que estiver o agente subordinado, nos casos de crimes contra a Segurança Externa do País (art. 137 a 141 do CPM). Todavia, trata-se de questão de aplicação extremamente restrita ao âmbito da Justiça Militar da União.

A intenção legislativa centra-se na premissa de necessária dupla subjetividade passiva dos delitos impropriamente militares. De um lado, protege-se o bem jurídico ordinário da norma (vida, patrimônio, dignidade sexual e etc.), acrescido ao dano ou perigo de dano aos princípios da Hierarquia e Disciplina, vigas fundantes do Direito Penal Militar.

Essa tutela reflexa de bens jurídicos, ainda que implícita, é fundamento de existência de um Direito Penal Militar em tempo de paz, denotando o convívio harmônico das Instituições Militares em ambiente democrático e a preservação da competência da Justiça Criminal Comum no processo e julgamento dos demais delitos.

Diante da incidência (e da transgressão) dos princípios da Hierarquia e Disciplina, justifica-se a *publicização* das ações penais intentadas em decorrência do cometimento de crimes militares.

Igual raciocínio aplica-se aos delitos de ação penal pública em que seu exercício prescindia o consentimento da vítima. Em que pese a ordinária necessidade de oferecimento de representação ao Ministério Público, não se pode dispor sobre a aplicação de sanção penal ao acusado por crime militar, diante da afetação de bens jurídicos militares (e, portanto, indisponíveis), indissociavelmente atrelados à conduta por ele praticada.

É o caso de militar que pratica crime de Invasão de Dispositivo Informático (art. 154-A do Código Penal³⁹), em razão da função ou em serviço. Assim, em virtude do raciocínio exposto, entendemos que tal delito, quando praticado nas circunstâncias que atraem a competência ao Juízo “Universal” da Auditoria Militar, afasta-se, por especialidade, a parte inicial do art. 154-B⁴⁰ do Código Penal Comum, ainda que seja o crime cometido por civil. Inexigível, pois, representação da vítima, eis que se transferiria à esfera de manuseio do ofendido, condição não prevista em lei para a tutela penal de bens jurídicos militares.

Outro exemplo é o crime de Exercício Arbitrário das Próprias Razões⁴¹ (art. 345 do Código Penal), perfeitamente praticável por militares em serviço, ou em razão de sua função, cuja ação penal atribuída é privada, quando não for utilizada violência. Com a reforma dos crimes militares, tal conduta passa a ter índole pública e incondicionada, na forma do art. 121 do CPM, e do art. 29 do CPPM.

39 Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

40 Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

41 Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

3.9 – SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS (CANCELAMENTO DAS SÚMULAS 06, 90 E 172 DO STJ)

A edição da Lei nº 13.491/2017 traz extremo reboliço a enunciados cristalizados do Superior Tribunal de Justiça sobre a competência da Justiça Militar. Forçoso concluir, portanto, que a superveniência da lei remove o firmamento em que se baseiam tais Verbetes, impondo sua revisão e cancelamento pelo Tribunal Superior.

De saída, perde vigência a Súmula 06/STJ, que assim dispõe: “*Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura de Polícia Militar, salvo se autor e vítima forem Policiais Militares em situação de atividade*”.

A partir da edição do Código Brasileiro de Trânsito, o homicídio culposo e a lesão corporal culposa na direção de veículo automotor recebem tratamento penal diferenciado (arts. 302 e 303 do CTB). Esse elemento especializante tinha o condão de deslocar a competência militar à Justiça Estadual Comum, eis que mesmo o militar da ativa, em serviço ou atuando em razão da função, não praticaria crime militar que não estivesse previsto no Código Penal Militar.

Todavia, sendo possível a prática de crimes previstos no Código Brasileiro de Trânsito, nas condições do art. 9º, do Código Penal Militar, é possível o deslocamento da competência para a Justiça Militar, restando superado o Enunciado em estudo.

Mesma sorte encontram os enunciados das Súmulas 90⁴² e 172⁴³, ambos do STJ.

Com a possibilidade de militares dos Estados, da União e do Distrito Federal cometerem crimes militares previstos em legislação extravagante (inclusive do próprio Código Penal Comum, aqui tido como externo ao ambiente castrense), reúnem-se para julgamento na Justiça Militar os crimes previstos no CPM e aqueles previstos na Lei de Abuso de Autoridade (Súmula 172/STJ) e todos os demais, que outrora se submetiam à Justiça Comum Estadual, cometidos em conexão ou continência, desde que não doloso contra a vida ou praticado fora da função.

Em síntese, demonstramos que não subsistem os enunciados jurisprudenciais, em face do conflito com o substrato legal superveniente (e atual), impondo-se a modificação dos entendimentos exarados, ou mesmo o cancelamento, diante do fenômeno da superação legislativa da jurisprudência ou ativismo congressional⁴⁴.

42 Súmula 90/STJ: “Compete a Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e a comum pela prática do crime comum simultâneo aquele”.

43 Súmula 172/STJ: “Compete a Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço”.

44 No Supremo Tribunal Federal, este instituto restou cunhado da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5105, nos seguintes termos: “O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. (...) Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se

4 – O PROCEDIMENTO A SER ADOTADO A PARTIR DA MUDANÇA NORMATIVA

O art. 1º, inciso III, do CPP (comum) afasta expressamente a sua incidência dos “processos da competência da Justiça Militar”.

Com efeito, perante o Juízo da Auditoria da Justiça Militar o procedimento (padrão)⁴⁵ a ser adotado é aquele consignado nos arts. 396 e ss. do CPPM, composto por oferecimento e recebimento da denúncia, instalação do Conselho de Justiça,⁴⁶ qualificação e interrogatório, inquirição de testemunhas (de forma não concentrada), eventual reconhecimento de pessoa ou coisa, diligências, alegações escritas das partes e sessão de julgamento (debates e sentença orais).⁴⁷

Não há, na esfera militar, variação do procedimento padrão, com subdivisão em procedimentos comum ordinário, sumário ou sumaríssimo. De igual forma, a regra do art. 1º, inciso III, do CPP, afasta a incidência de procedimentos especiais nele previstos, como é o caso do art. 513 do CPP (rito por crimes funcionais).

Para a análise realizada neste trecho do trabalho, precisaremos separar, por nova volta, o momento de início do procedimento, se antes ou depois da vigência da Lei 13.491/17. E fazemos isso em razão da capacidade de realização de atividade probatório-processual (maior ou menor dilação probatória).

A princípio – e a Excelsa Corte já se manifestou neste sentido⁴⁸ – o procedimento comum revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal. (...) A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis in your face) nasce com presunção iuris tantum de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas.” (ADI 5105, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 15-03-2016 PUBLIC 16-03-2016).

45 O Código de Processo Penal Militar fixa, para além desse procedimento-tipo, procedimentos especiais, a partir do art. 451.

46 Nos crimes em que a vítima seja militar ou em que não haja vítima. Nos crimes em que houver vítima civil, não haverá a instação de Conselho de Justiça, por expressa orientação constitucional (art. 125, §, 5º, CRFB).

47 Esse desenho procedimental foi afetado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.900, que reconheceu que o interrogatório, assim como ocorre no Código de Processo Penal comum, deve ser o último ato da instrução oral.

48 Na AP 528-AgR/DF, sob a Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, ficou estabelecido que a nova ordem ritual (arts. 396 e 396-A do CPP, na redação dada pela Lei 11.719/2008) revela-se mais favorável ao acusado, ainda que legislação específica discipline de maneira contrária. No mesmo caminho, a decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello, no HC 107.795/SP, quando afirma a necessidade de

ordinário, previsto no CPP, permite um melhor exercício do direito de defesa, o que importa reconhecer, em contrapartida, que os demais procedimentos comuns e especiais (ressalvado o procedimento bifásico dos crimes dolosos contra a vida) importam em maior restrição probatória e defensiva.

Nesta toada, o raciocínio de que os crimes praticados antes da vigência da Lei 13.491/17 não devem ser declinados para a Justiça Militar é reforçado pela necessidade de aplicação do procedimento mais completo e garantidor ao imputado, posto constituir, na expressão de TAIPA DE CARVALHO, direito adquirido processual.

5 – A NECESSÁRIA MIRADA CONVENCIONAL SOBRE A JUSTIÇA MILITAR

A Constituição da República confere à Justiça Militar – da União, dos Estados e do Distrito Federal – competência acerca dos chamados crimes militares, delitos esses de conceituação delegada ao legislador ordinário. Com efeito, o art. 9º do Código Penal Militar, ao definir crime militar, delimita a competência constitucional deste ramo de Justiça Especializada, cujo limite é a observância da competência do Tribunal do Júri, nos processos por crimes dolosos contra a vida de civis.⁴⁹

Noutro sentido, baseando-nos na histórica posição do Supremo Tribunal Federal acerca do status jurídico dos compromissos internacionais de Direitos Humanos assumidos pela República Federativa do Brasil, extraímos que tais tratados se situam em posição *supralegal*⁵⁰, possuindo capacidade de derrogar a norma ordinária que confronte suas balizas materiais – isto é, a aferição da convencionalidade da norma, tendo por parâmetro o tratado internacional de Direitos Humanos. De acordo com a doutrina:

“Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente (pois, repita-se, está de acordo com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja,

adaptação do procedimento criminal para persecução dos delitos eleitorais à nova realidade determinadas pela reforma de 2008 do CPP.

49 CRFB, art. 5º, inc. XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

50 De acordo com o STF: *“Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação”* (HC 95967, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgamento em 11.11.2008, DJe de 28.11.2008).

*a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna inválidas as normas jurídicas de direito interno”.*⁵¹

A possibilidade de controle de convencionalidade decorre da matriz materialmente constitucional dos tratados que versam sobre os Direitos Humanos, diante da cláusula de incorporação contida no §2º, do artigo 5º, da Constituição Federal⁵².

É preciso analisar, nessa perspectiva, a compatibilidade vertical da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017.

5.1 – DOCUMENTOS INTERNACIONAIS QUE REFORÇAM A EXCEPCIONALIDADE DO JUÍZO MILITAR

De saída, a Convenção Americana de Direitos Humanos confere a todos o direito ao Juiz Natural, assim entendido como a submissão à juízo ou Tribunal competente, independente e imparcial.

*“Art. 8º, 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por **um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza**”.* (grifos não constantes do original).

Essa submissão deve ser entendida de forma bilateral, isto é: envolve tanto o direito do acusado, quanto o direito da vítima, de obter julgamento justo, prolatado por Juiz Natural.

Adota-se, no âmbito da Convenção, uma interpretação sistemática, que congrega as garantias básicas dos réus/investigados na persecução criminal e da sociedade e das vítimas, com equidistância.

Ad referendum, cite-se que o mesmo tratado impõe o respeito à segurança pública e às liberdades públicas:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

⁵¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do “diálogo das fontes”. Retirado de <seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/download/200/199>. Acesso em 16/06/2015.

⁵² CR, art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Nessa medida, reforça-se o caráter isento do julgador, impedindo a instauração de Juízos arbitrários de perseguição ao réu, sem prejuízo da vedação à uma Justiça corporativista, que deliberadamente afasta a jurisdição a determinados indivíduos que, pelo prestígio social ou função exercida no seio da comunidade, furtam-se ao alcance da norma penal.

Num regime Democrático de Direito, a prerrogativa do Juiz Natural afasta as penumbras da atuação dos agentes do Estado. A rígida observância dos Direitos Humanos Fundamentais perpassa, de modo indissociável, a apuração e persecução transparente da conduta de quem detém, por delegação, o mandato do uso legítimo da força.

Essa orientação é ratificada pelos documentos internacionais rubricados no ambiente da Organização das Nações Unidas (ONU). O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992., dispõe que:

Art. 2º, 3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a: a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possuam um recurso efetivo, **mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;**

Art. 9, 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

Art. 14, 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.

Essa proteção especial ao abuso de poder por partes agentes do Estado culminou na confecção da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado⁵³, internalizada por meio do Decreto 8.767, de 11 de maio de 2016. O documento em comento reforça a necessidade de apuração imparcial do delito de desaparecimento forçado, intimamente ligado com o desvio de agentes que atuam em nome do Estado.

Art. 12, 1. Cada Estado Parte assegurará a qualquer indivíduo que alegue que alguém foi vítima de desaparecimento forçado o direito de relatar os fatos às autoridades competentes, que examinarão as alegações pronta e imparcialmente e, caso necessário, instaurarão sem demora uma investigação completa e imparcial. Medidas apropriadas serão tomadas, caso necessário, para assegurar que o denunciante, as testemunhas, os familiares da pessoa desaparecida e seus defensores, bem como os participantes da

53 De acordo com o documento, considera-se Desaparecimento Forçado “a prisão, a detenção, o seqüestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, e a subsequente recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei.” (art. 2º).

investigação, sejam protegidos contra maus-tratos ou intimidação em decorrência da denúncia ou de qualquer declaração prestada.

Impõe destaque a necessária proteção eficiente e combate, sob o prisma dos Direitos Humanos consagrados internacionalmente, à Tortura^{54 55}, ato intimamente relacionado com o abuso de forças de segurança pública, inclusive militares.

“Art. 13, 1. Cada Estado Parte assegurará a qualquer pessoa que alegue ter sido submetida a tortura em qualquer território sob sua jurisdição o direito de apresentar queixa perante as autoridades competentes do referido Estado, que procederão imediatamente e com imparcialidade ao exame do seu caso. Serão tomadas medidas para assegurar a proteção do queixoso e das testemunhas contra qualquer mau tratamento ou intimação em consequência da queixa apresentada ou de depoimento prestado.”

Arrematando a discussão, frise-se que a atuação subsidiária do Tribunal Penal Internacional, de acordo com a melhor dicção do Estatuto de Roma (Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002), depende do julgamento imparcial e independente dos agentes responsáveis por tais delitos⁵⁶. Caso contrário, é legítima a atuação do TPI, ainda que condenados pelo Juiz ou Tribunal de origem.

5.2 – PRECEDENTES INTERNACIONAIS QUE REFORÇAM A INCOMPATIBILIDADE DA EXPANSÃO DA JUSTIÇA MILITAR COM A GARANTIA DO JUIZ NATURAL

À luz dos documentos internacionais descritos acima, reiteradamente, a Corte Interamericana e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos se debruçaram sobre os limites materiais da competência da Justiça Militar, traçando paradigmas aceitáveis com o princípio do Juiz Natural.

54 Trata-se da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, internalizada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.

55 Tortura, aos olhos da Convenção, “designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.” (art. 1º, 1).

56 Art. 20, 3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 60, 70 ou 80, a menos que o processo nesse outro tribunal: b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) analisou, em três casos (Radilla Pacheco v. México, Fernández Ortega e outros v. México e Rosendo Cantú e outra v. México), a compatibilidade do Código de Justiça Militar do México.

Nesse sentido, a CIDH fixou o seguinte parâmetro de atuação da Justiça Militar: deve possuir escopo *excepcional e restritivo* e ser aplicado apenas aos membros das instituições militares, pelo cometimento de crimes que possam afetar interesses militares.⁵⁷

Em precedente anterior, a Corte assinalou que a competência da Justiça Militar refere-se à proteção de interesses jurídicos especiais, relacionados às funções atribuídas pela lei às Instituições Militares⁵⁸.

De todo modo, a CIDH é taxativa em condenar legislações que atribuem à Justiça Militar a competência para julgar casos envolvendo violações aos Direitos Humanos, ainda que autor e vítimas sejam militares.⁵⁹

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso Ergin v. Turquia, traçou profundas deliberações sobre a imparcialidade e independência dos Tribunais Militares:

“38. O Tribunal reitera desde já que, para determinar se um tribunal pode ser considerado “independente” na acepção do artigo 6 § 1, deveria ter, inter alia, quanto a forma de nomeação dos seus membros e os respectivos mandatos, a existência de salvaguardas contra pressões externas e a questão de saber se apresenta uma aparência de independência (ver, entre muitas outras autoridades, Zolotas v. Grécia, nº 38240/02, § 24, 2 de junho de 2005). No que diz respeito à questão da imparcialidade de um tribunal, no contexto específico do presente caso, deve ser avaliado por meio de uma abordagem objetiva, que consiste em verificar se ofereceu garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima a este respeito (ver, entre muitas outras autoridades, Bulut v. Austria, acórdão de 22 de Fevereiro de 1996, Relatórios 1996-II, p. 356, § 31 e Thomann v. Suíça, acórdão de 10 de Junho de 1996, Relatórios 1996-III, p. 815, § 30)

40. O Tribunal reitera que a Convenção não proíbe os tribunais militares de pronunciarem-se sobre acusações penais contra militares, desde que sejam respeitadas as garantias de independência e imparcialidade consagradas no Artigo 6 § 1 (v. Morris c. Reino Unido, nº 38784 / 97, § 59, CEDH 2002-I, Cooper c. Reino Unido [GC], nº 48843/99, § 106, CEDH 2003-XII e Hakan Önen c. Turquia, (dec.), Nº 32860 / 96, 10 de fevereiro de 2004).

46. O Tribunal observa a posição particular ocupada pelas Forças Armadas na ordem constitucional dos Estados democráticos, que deve ser limitada ao campo da segurança

⁵⁷ Por todos: Processo nº 12.579, Rosendo Cantú e outra v. Estados Unidos do México, Junho de 2010, item 49.

⁵⁸ Durand e Ugarte v. Peru, Agosto de 2000, item 117.

⁵⁹ Destaca-se, nesse contexto, o presente excerto do Boletim de Jurisprudência da Corte: “a jurisdição militar não é o foro competente para investigar e, se for o caso, julgar e sancionar os autores de violações de direitos humanos, mesmo quando os sujeitos ativo e passivo sejam militares.” (CIDH. Boletim de Jurisprudência, nº 02, nov 14 – abr 15, p. 28. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/boletin2por.pdf>> .Acesso em 12/11/2017.)

*nacional, uma vez que o poder judicial é, em princípio, um atributo da sociedade civil. Também leva em conta a existência de regras especiais que regem a organização interna e a estrutura hierárquica das forças armadas.*⁶⁰

Portanto, da análise detida da jurisprudência colhida, percebe-se que é remansoso o posicionamento em oposição à expansão deste ramo da Justiça Especializada.

Especificamente quanto à situação brasileira, já se pronunciou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela extinção da Justiça Militar Estadual, diante de indícios de desvio policial relacionado a execuções extrajudiciais, abuso de autoridade contra detentos e envolvimento com outras atividades criminosas.⁶¹

Destaque-se, por oportuno, que o referido relatório data de 1997, momento em que policiais e bombeiros militares respondiam por crimes comuns não previstos no Código Penal Militar perante a Justiça Comum (bem como, alcançava período em que os crimes dolosos contra a vida de civil ainda eram julgados pela Auditoria da Justiça Militar).

Sem analisar o mérito e principalmente a efetividade da transferência da competência da Justiça Militar Estadual para Varas Criminais Comuns, é forçoso concluir que a norma que criou o chamado “Juízo Universal da Auditoria Militar” segue na contramão da tendência global, no tocante às novas exigências impostas para o pleno gozo dos Direitos Humanos.

5.3 – EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004, LEI 9299/1996, LEI 13.491/2017 E PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Por derradeiro, é salutar rememorar que a atual configuração da Justiça Militar dos Estados foi profundamente reformada pela Emenda Constitucional nº 45,⁶² afastando dos Conselhos de Justiça (Permanente e Especial) a competência para julgamento de crimes cometidos por militares contra civis.

60 TEDH. *Ergin v. Turquia* (nº 06), pp. 12/13. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75327>>. Acesso em 12/11/2017.

61 Inter-American Commission on Human Rights : Report on the Situation of Human Rights in Brazil, 29 September 1997, OEA/Ser.L/V/II.97, Chapter III, paragraph 78. *Apud* ANDREU-GUZMÁN, Frederico. Military jurisdiction and international law: Military Courts and gross human rights violations vol. 1, 2004, pp. 127/128. Disponível em: <<http://icj.wppengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2004/01/Military-jurisdiction-publication-2004.pdf>>. Acesso em 12/11/2017.

62 Art. 125, § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. § 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

Essa decisão política encontra-se alinhada com o afastamento do corporativismo atribuível aos referidos Conselhos, eis que cria a competência monocrática do Juiz de Direito – portanto, civil – que preside o colegiado da Auditoria de Justiça Militar.

De igual sorte, a Lei 9299/1996 excluiu a competência da Justiça Militar Estadual, em detrimento do Tribunal do Júri, quando o crime for cometido por militar contra civil.

Em suma: há, pois, vontade política no sentido da gradual restrição da definição de crime militar, de modo consentâneo à garantia do Juízo Natural.

Eventual normativa que contrarie tal tendência afrontaria o princípio da vedação do retrocesso social,⁶³ porquanto impõe comportamento político em sentido contrário à maximização dos direitos humanos. Tal prática inequivocamente subtrai de instituições democráticas o julgamento de delitos previstos exclusivamente em legislações alheias ao Código Penal Militar, desnaturando a especialidade militar.

Dentro desse contexto, expressivo é o exemplo dos crimes contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas contra civis, no contexto de operação de Garantia da Lei e da Ordem (art. 9º, § 2º, inciso III, do CPM, n/f da Lei 13.491/2017). A subtração da instituição do Tribunal do Júri, notadamente a opção democrática em face de tais condutas, revela-se claramente incompatível com os preceitos mais caros aos Direitos Humanos, especialmente àqueles relacionados à imparcialidade do Conselho julgador, quando exerce o militar função de policiamento ostensivo, e não da sua vocação própria.

6 – BIBLIOGRAFIA

ALONSO GOMES, Décio. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Direito intertemporal, *in*: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 19-49.

63 O princípio do retrocesso social pode ser definido, na dicção de Cármen Lucia Antunes Rocha, citada por SARLET, no sentido que: “as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares”. (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, março, abril, maio, 2010, p. 38. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em 12/11/2017).

- CANOSA USERA, Raúl. Configuración constitucional de la jurisdicción militar, *in*: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Revista del Poder Judicial*, nº 34, junio 1994, pp. 9-37.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª Ed. São Paulo: Atlas.
- CIDH. Boletim de Jurisprudência, nº 02, nov 14 – abr 15. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/boletin2por.pdf>>. Acesso em 12/11/2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II, São Paulo: Malheiros, 2005.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: Tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- HENRIQUES GASPAR, António *et al.* *Código de Processo Penal comentado*. Coimbra: Almedina, 2014.
- LEONE, Mauro. *Il diritto penale nel tempo – aspetti costituzionali del principio d'irretroattività*. Napoli: Jovene, 1980.
- LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do “diálogo das fontes”. Retirado de <seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/download/200/199>. Acesso em 16/06/2015.
- NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de direito penal militar*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar comentado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ROSSETTO, Enio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, março, abril, maio, 2010. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em 12/11/2017.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, Luiz Felipe Carvalho. As perspectivas de aplicação do acordo de não persecução na Justiça Militar da União: uma solução possível e efetiva, in: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* (coords.). *Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 215-234.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TAIPA DE CARVALHO, Américo Alexandrino. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais: teoria geral do crime*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

_____. *Sucessão de leis penais*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

7 – JURISPRUDÊNCIA DO TEDH CITADA

Caso *A.P., M.P. and T.P. v. Switzerland*, sentença de 29 de agosto de 1997.

Caso *Adolf v. Austria*, sentença de 26 de março de 1982, série A 49.

Caso *Ergin v. Turquia*, sentença de 04 de maio de 2006.

8 – JURISPRUDÊNCIA DO TIADH CITADA

Caso *Radilla Pacheco v. México*, sentença de 23 de novembro de 2009.

Caso *Fernández Ortega e outros v. México*, sentença de 30 de agosto de 2010.

Caso *Rosendo Cantú e outra v. México*, sentença de 31 de agosto de 2010.

Caso *Durand e Ugarte v. Peru*, sentença de 16 de agosto de 2000.

[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)

LEI 13.491/2017 FEZ MUITO MAIS DO QUE RETIRAR OS MILITARES DO TRIBUNAL DO JÚRI¹

Aury Lopes Jr²

Foi com bastante perplexidade que a comunidade jurídica recebeu a Lei 13.491/2017, recentemente sancionada e que amplia a competência da Justiça Militar Federal e, como veremos, também da Justiça Militar estadual.

Indo de encontro a toda uma tendência de esvaziamento da jurisdição militar (inclusive, em muitos estados, é recorrente a polêmica sobre a extinção da Justiça Militar estadual^[1]) para que ela se ocupe apenas daqueles crimes em que existe uma real afetação do interesse militar. Há décadas a jurisprudência consagrou que não basta ser crime militar, praticado por militar e em alguma das situações do artigo 9º do CPM, é preciso que exista a “efetiva violação de dever militar ou afetação direta de bens jurídicos das forças armadas”^[2] ou uma «situação de interesse militar»^[3]. Sem dúvida tal critério deverá ser revisto, diante da ampliação da competência a seguir explicado.

Nessa mesma perspectiva, em 1996, a Lei 9.296 — posteriormente incorporada no artigo 125, parágrafo 4º da Constituição —, atendendo a um reclame de organismos nacionais e internacionais de defesa de direitos humanos, altera o CPM para que os crimes dolosos contra a vida cometidos por militares contra civis fossem julgados pelo Tribunal do Júri. A nova lei expressamente determina:

Art. 9º

II. (...)

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

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

1 Artigo originariamente publicado no link: <https://www.conjur.com.br/2017-out-20/limite-penal-lei-134912017-fez-retirar-militares-tribunal-juri>.

2 Doutor em Direito Processual Penal, professor titular de Direito Processual Penal da PUC-RS e professor titular no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Mestrado e Doutorado da PUC-RS.

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

(...)

Significa dizer que a lei cria um tratamento diferenciado conforme o militar seja estadual ou membro das Forças Armadas. O policial militar estadual — em atividade — que cometa crime doloso contra a vida de civil segue sendo julgado no Tribunal do Júri. A nova lei atinge apenas os militares do Exército, Marinha e Aeronáutica que, nas chamadas “missões de garantia da lei e da ordem” (as conhecidas ocupações nas favelas cariocas e outras missões de “segurança pública”) cometam crimes dolosos contra a vida de civis. Nesse caso, eles serão julgados na Justiça Militar Federal, e não no Tribunal do Júri. É verdade que parte da doutrina e inclusive da jurisprudência do STM já sustentava que a competência do Júri só se aplicaria à Justiça Militar estadual, fazendo uma leitura literal e restritiva do artigo 125, parágrafo 4º da Constituição. Contudo, também é verdade que esse desvio de função das Forças Armadas, para exercerem um policiamento urbano «a la carte», é algo novo, posterior à mudança do texto constitucional. A aplicação por analogia (ou interpretação extensiva se preferir) do artigo 125, parágrafo 4º da CRFB aos militares das Forças Armadas, diante dessa nova situação, também seria plenamente sustentável.

Mas, agora, a nova lei veio para enfrentar o problema e tomar uma clara posição (na contra-mão do caminho já construído, repetimos) no sentido de que o militar das Forças Armadas que, nas operações de garantia da lei e da ordem (leia-se: cláusula genérica, vaga e imprecisa), cometer crime doloso contra a vida de civil será processado e julgado na Justiça Militar Federal. Já o policial militar estadual permanece sendo julgado no Tribunal do Júri. Eis aqui mais um ponto polêmico: cria-se uma clara diferenciação no tratamento dos militares agindo em idêntica situação. E se, em uma operação conjunta, um policial militar estadual e um membro das Forças Armadas cometerem um crime doloso contra a vida de um civil em uma abordagem, como ficará o processo e julgamento? Haverá cisão, pois o militar estadual será julgado na Justiça comum estadual, no tribunal do júri; e o militar das Forças Armadas será julgado na Justiça Militar Federal.

Sigamos.

A tendência de limitação da competência das Justiças militares é estancada, e rompido o paradigma vigente, com uma completa inversão do tratamento legal. Iniciou-se uma perigosa “militarização da segurança pública”, como muito bem definiu e explicou Leonardo Marcondes Machado, com as Forças Armadas sendo chamadas de forma cada vez mais rotineira (e por maior tempo) para exercer efetivo policiamento urbano e repressão (seletiva) de crimes, desnaturando

completamente sua natureza e missão. Sob o pretexto de atuação excepcional e para “garantia da lei e da ordem”, o que temos assistido é a utilização das Forças Armadas em verdadeiro desvio de função, numa tentativa desesperada da União (e dos estados que solicitam) de enfrentar a violência urbana crescente (que, como se sabe, decorre de fatores complexos em que, além da repressão, é imprescindível uma anamnese séria das causas), especialmente por causa de uma política antidrogas que se mostra equivocada.

Noutra dimensão, os tribunais militares tampouco se justificam em tempo de paz, devendo ter sua atuação realmente limitada aos crimes militares, quando praticados por militares e diante de um real e peculiar interesse militar. Do contrário, é violação do juiz natural.

Mas, na contramão de tudo isso, vem a Lei 13.491/2017, que inicia por retirar do Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militares das Forças Armadas em situações de verdadeiro “policiamento urbano” (situações previstas no parágrafo 2º, incisos I, II e III do artigo 9º do CPM). Mas a nova lei vai muito além: há uma outra modificação muito preocupante e que não está sendo repercutida, que é a nova redação do inciso II do artigo 9º do CPM. Antes, o artigo 9º, II do CPM assim dispunha:

II. os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: (...).

Com essa redação, o legislador determinava que a Justiça Militar julgaria os militares (nas situações de atividade ou interesse militar definidos nas alíneas “a” a “f”) pela prática dos crimes previstos no CPM, “embora também o sejam com igual definição na lei penal comum”. Com isso, estavam afastados da competência da Justiça Militar os crimes previstos em leis penais especiais e, portanto, não contemplados no CPM. Eram os clássicos exemplos dos crimes de abuso de autoridade, tortura, associação para o tráfico, organização criminosa etc., todos crimes não previstos no CPM, mas apenas em leis penais extravagantes e que eram julgados na Justiça comum. Se houvesse conexão entre um crime militar e outro previsto em lei especial, haveria uma cisão: o crime militar seria julgado pela Justiça castrense, e o crime não previsto no CPM seria julgado na Justiça comum (estadual ou federal, conforme o caso).

Agora, a nova redação do inciso II é muito mais ampla:

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados.

Significa dizer que a Justiça Militar (federal ou estadual) agora poderá julgar os crimes previstos no CPM e na legislação penal (comum e especial/extravagante). Dessa forma, há uma ampliação significativa da competência das Justiças militares estaduais e federal, que passarão a julgar crimes não previstos no CPM, tais como os anteriormente citados. Já existe, inclusive, quem sustente que os crimes previstos na Lei Maria da Penha, quando praticados por militar, também estariam submetidos à Justiça Militar. Isso, a nosso ver, é um exagero, na medida em que esbarra na absoluta falta de interesse militar, afetação de bens militares ou aderência à atividade militar.

Existiu, portanto, um gravíssimo retrocesso. Não só pela falta de estrutura e condições de investigar e julgar tantos crimes, mas também porque alcança crimes não afetos diretamente às atividades militares. Também cria o risco de efetivo corporativismo, especialmente em relação

a crimes como abuso de autoridade e tortura, onde em geral existe uma percepção e valoração por parte dos militares que é completamente distinta da população civil acerca da gravidade e tipificação dessas condutas. Há o risco concreto de um entulhamento das Justiças militares para julgar crimes que não deveriam a ela ser afetos, inclusive com o agravante de que isso vai se operar de forma imediata. Não podemos esquecer que a lei processual penal no tempo é regida pelo princípio da imediatidade, de modo que muitos processos atualmente em andamento na Justiça comum poderão (ou melhor, deverão!) ser imediatamente enviados para a respectiva Justiça Militar.

Dessarte, também está superada a Súmula 172 do STJ, que dispunha que “compete à justiça comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço”. Perdeu sentido.

Enfim, a nova lei vai muito além da questão da competência do Júri. Representa uma significativa ampliação da competência das Justiças militares da União e dos estados, que agora terão de dar conta de uma imensa demanda para a qual não estão preparadas e tampouco foram criadas. Esse entulhamento exigirá um substancial investimento na estrutura das Justiças militares e também na própria investigação preliminar no âmbito militar, o que dificilmente ocorrerá a médio prazo. Como se trata de lei processual penal, com aplicação imediata — inclusive para os processos em curso, repita-se —, é evidente que esse deságue inesperado de processos irá gerar grande impacto na administração da Justiça Militar.

Como consequência, é previsível a (de)mora processual e o aumento da sensação de impunidade/corporativismo. Particularmente, pensamos que, no âmbito dos crimes contra a vida, o julgamento no tribunal do júri seria até mais favorável aos militares do que a Justiça castrense. Contudo, no que tange aos demais tipos penais — especialmente o abuso de autoridade, tortura, porte ilegal de armas e outros próprios do ofício —, talvez o tratamento não corresponda ao que se espera em termos de efetividade, por uma questão de percepção diferenciada da tipicidade e dos limites das causas de exclusão da ilicitude.

De qualquer forma, em linhas gerais, entendemos que essa ampliação da competência representa um retrocesso, além de desnecessária e completamente inadequada para o nível de evolução democrática que se atingiu (ou se imaginou ter atingido...).

[1] Nos termos do artigo 125, parágrafo 3º da CF, lei estadual poderá criar (ou extinguir) a Justiça Militar estadual, a partir de proposta do Tribunal de Justiça: «A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes».

[2] Expressão usada Elmir Duclerc, *Curso básico de Direito Processual Penal*, Lumen Juris, 2006, v.2, p. 12.

[3] Sobre a competência em matéria penal e um aprofundamento da temática, remetemos o leitor para nossa obra *Direito Processual Penal*, 14ª edição, Editora Saraiva, 2017.

[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)

A ANÁLISE ECONÔMICA DO CRIME NA SEARA AMBIENTAL

Fernando Lúcio Esteves de Magalhães¹

Resumo: O objetivo deste artigo é apresentar evidências do comportamento delituoso nos crimes ambientais, especialmente em se tratando da pessoa jurídica, e a multa como sanção imposta como forma de dissuasão. Entre as teorias que buscam explicar o comportamento delituoso, o modelo da escolha racional preconiza que o indivíduo é autônomo para decidir e optar por violar uma regra em virtude de critérios subjetivos de utilidade. Portanto, violar ou não uma regra social é questão de racionalidade e não de fatores sociais, genéticos, de aprendizagem, entre outros. Com a influência da economia nas ciências sociais e humanas, passou-se a analisar o fenômeno criminal como uma escolha econômica. Apresenta-se o modelo teórico de crime proposto por Gary Stanley Becker em sua obra *Crime and Punishment: an economic approach* (1968), considerando o caso do meio ambiente. Para Becker, o indivíduo, valendo-se da escolha racional, na perspectiva de violar uma regra, pondera as consequências que decorrem da análise dos custos e dos benefícios. Em outras palavras, o potencial infrator analisa, segundo suas fontes de informação, as chances que existem, e escolhe aquela que traz maiores vantagens com os menores custos e riscos, ou seja, os benefícios consistem nos ganhos monetários obtidos com o delito, enquanto que os custos englobam a probabilidade de o indivíduo ser punido (multado), as perdas de renda futuras, os custos associados à reprovação moral da comunidade em que vive, dentre outros fatores. O artigo apresenta, também, as contribuições dos teoremas de Pigou e Coase na questão ambiental, uma vez que eles têm, em comum, o reconhecimento de que o meio ambiente não tem como não deixar de ser influenciado pela economia, porém, possuindo opiniões diferentes sobre o papel do Estado.

Palavras-Chaves: Análise econômica do crime. Direito penal ambiental. Aplicação da pena de multa à pessoa jurídica.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogado ambientalista. Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RJ. MBA em Direito Público e Gestão Pública pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduado em Direito Ambiental pela EMERJ. Professor de Direito Ambiental.

Sumário: Introdução; 1. A análise econômica do crime. 2. O agente econômico: a corporação. 3. A aplicação da pena em matéria ambiental. Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Em face da recorrente necessidade de se refletir sobre o fenômeno criminológico, a análise de modelos propostos para descrever o crime mostra-se imprescindível. Nos limites deste espaço de debate acerca das ciências criminais, será feita referência, de forma sintética, à Análise Econômica do Crime proposta por Gary Stanley Becker, professor da Universidade de Chicago e agraciado com Prêmio Nobel de Economia em 1992, que consistiu na aplicação de certos modelos econômicos para a explicação da criminalidade. Tal modelo de análise, inclusive, justificou a adoção de determinadas políticas públicas de segurança, assim como de ações preventivas. A conclusão básica desse modelo é que o criminoso responde tanto à probabilidade de condenação quanto à severidade da punição ser pego e condenado. Neste trabalho, o modelo de Becker é utilizado para analisar o comportamento criminoso em relação aos crimes ambientais praticados pela pessoa jurídica, assim como o efeito de dissuasão da pena de multa aplicada.

1. A ANÁLISE ECONÔMICA DO CRIME

Crime ambiental é crime econômico. Com essa afirmação, será procurado demonstrar o comportamento delituoso do criminoso ambiental, notadamente as pessoas jurídicas que poluem.

No Direito Ambiental, a análise econômica tem por objetivo responder a questionamentos como: qual é o objetivo da legislação ambiental? Ela é eficiente para atingir tais objetivos? As sanções aplicadas pelas leis ambientais são, efetivamente, uma penalidade? Elas induzem as pessoas jurídicas a adotar procedimentos sustentáveis?

Com efeito, ecologia é razão de economia. Eco (do grego *oikos*, casa, habitat, meio) forma a raiz de ambas as ciências – ecologia e economia, sendo que a segunda (economia) diz respeito à administração da escassez proveniente da interação entre os seres e recursos do meio, objeto de estudo da primeira (ecologia).

Economia, termo criado por Xenofonte na antiga Grécia, soma *oikos* com *nomos* (lei), ou seu derivativo nomein (gerenciar). Assim, a administração de recursos ambientais, cada vez mais escassos, ganha razão econômica, gerando no seio da economia novas razões ecológicas que demandam esforço regulatório, em outras palavras, uma simbiose sinérgica envolvendo ecologia, direito e economia.

O direito econômico é a disciplina atenta a essa dinâmica, hoje relacionada ao fenômeno

dos interesses e direitos difusos e seus conflitos absolutamente assimétricos, dentre os quais aqueles relacionados à qualidade de vida e o meio ambiente.

Seja no nível macroeconômico, como nas várias esferas da microeconomia, ocorrem, portanto, interações ecológicas, de todo tipo, com profundas alterações no meio ambiente, sendo que todas essas interações integram o chamado circuito econômico.

Nesse sentido, Gary Stanley Becker em sua obra *Crime and Punishment: an economic approach* (1968) assume que a atitude criminosa decorre de uma análise racional dos custos e dos benefícios envolvidos, comparados com o retorno em dedicar tempo e recursos em atividades legais. Em outras palavras, a decisão de cometer um crime ambiental resulta da maximização da utilidade esperada do agente, na qual o indivíduo pondera, por um lado, os potenciais ganhos da ação criminosa e o valor da punição e, por outro lado, o custo de oportunidade de cometer o crime. Então, por exemplo, uma pessoa jurídica, ao decidir se despeja os rejeitos proibidos por lei decorrentes de seu processo industrial em um rio, pondera os ganhos da infração com o valor da multa que poderá sofrer, além das demais sanções.

Outrossim, Arthur Cecil Pigou, economista britânico, em 1920, publicou a obra *The economics of welfare*, na qual analisa o problema das externalidades negativas, aqui entendida quando a atividade de um agente econômico afeta negativamente o bem-estar social, no caso, o meio ambiente, e cujo maior exemplo é a poluição.

Um caso clássico de externalidade negativa é a chamada “tragédia dos comuns”, que ocorre quando um determinado recurso produtivo pertence à sociedade como um todo, ou em outra perspectiva, a nenhum indivíduo em particular. Por exemplo, se muitos pescadores desejarem pescar em uma mesma área é provável que, em um primeiro momento, haja um aumento do volume total de peixes fígados. Entretanto, quanto mais barcos ou pescadores presentes, provavelmente a quantidade de pesca de cada indivíduo tende a reduzir, já que a quantidade de peixes não é infinita. Como nenhum pescador é “dono” dos peixes, a lógica de mercado tende a trazer mais pescadores para o local e ocasionando a sobrepesca, resultando em externalidades negativas, isto é, custos sociais e ambientais elevados.

Por essa razão, um dos objetivos de desenvolvimento sustentável (o objetivo 14 que trata da vida na água) estabeleceu como meta mundial, até 2020, regular a coleta, e acabar com a sobrepesca, ilegal, não reportada e não regulamentada, e as práticas de pesca destrutivas, e implementar planos de gestão com base científica, para restaurar populações de peixes no menor tempo possível. Em outras palavras, trata-se de uma meta que visa reduzir uma externalidade negativa.

O autor defende que é necessária a atribuição de um preço aos custos sociais marginais, pois, caso contrário, um grupo beneficia-se à custa da sociedade, que é obrigada a absorver as externalidades negativas consequentes do processo produtivo, enquanto um pequeno grupo enriquece, por meio da chamada “privatização de lucros e socialização de perdas”.

O autor exemplifica com o caso da fábrica poluente que seria instalada em um bairro residencial, destruindo as amenidades da vizinhança. A solução proposta seria a responsabilização

do empresário pelos danos causados pela fábrica ou a aplicação de um tributo proporcional à fumaça que estaria sendo expelida.

Com a aplicação do princípio do poluidor-pagador, procura-se corrigir este custo adicionado à sociedade, impondo-se sua internalização.

Mas aqui entra a interpretação jurídico-ambiental do princípio do poluidor pagador, porque o sentido teológico de axioma não é simplesmente internalizar o custo, embutir no preço, e assim produzir e comercializar produtos que sabidamente são degradantes ao meio ambiente, nas diversas etapas da cadeia de mercado. Enfim, não se compra o direito de poluir mediante a internalização do custo social. Caso este custo seja insuportável para a sociedade, ainda que internalizado, a interpretação jurídica do poluidor-pagador impede que o produto seja produzido e socializado o custo da produção. Este é um dos pontos de dessemelhança da interpretação econômica para a jurídica acerca do poluidor-pagador.

Ora, o que o princípio pretende é redistribuir equitativamente as externalidades ambientais. Ora, se estas (efeitos externos negativos do mercado) são suportados pela sociedade, em prol do lucro do responsável pelo produto que em alguma fase da cadeia de mercado é degradante do meio ambiente ou diminui o exercício do uso comum dos componentes ambientais, nada mais justo que todos os custos de prevenção, precaução, correção da fonte, repressão penal, civil e administrativa que são despendidos pelo Estado, a quem incumbe a gestão dos componentes ambientais, sejam suportados pelo responsável pelas externalidades ambientais.

Por outro lado, Ronald Coase (1960), na obra *The problem of social cost*, critica a concepção adotada por Pigou (1920) sobre as externalidades. Por sua ótica, nem todas as externalidades negativas seriam indesejáveis à sociedade, pois algumas poderiam trazer um ganho superior à perda.

Cumprе ressaltar que os ambientalistas criticam a ideia de negociação privada, entendendo ser um abuso garantir a alguém o direito de poluir mediante o pagamento de determinada quantia. Fundamentam seu posicionamento no sentido de que o meio ambiente é um bem coletivo indisponível, não sendo passível de transação.

Por outro lado, os economistas defendem a criação de um sistema de licenças para poluir, baseado no teorema de Coase (1960). Assim, o Estado fixaria um percentual aceitável de poluição, dando a cada empresa acesso a uma parte desse montante. As pessoas jurídicas poluentes poderiam utilizar as suas quotas ou aliená-las a outras que precisassem de um montante adicional. Ao final, as referidas pessoas jurídicas concluiriam que seria mais interessante adotar procedimentos limpos a internalizar o custo da poluição.

Analisando o caso concreto do vazamento de petróleo na Bacia de Campos, na Baixada Fluminense, de responsabilidade da multinacional Chevron, ocorrido em 2011, pode-se chegar a algumas respostas. O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) multou a Chevron em R\$ 50 milhões, valor máximo previsto por nossa legislação ambiental, tendo havido recurso judicial contra aquela sanção. Posteriormente, multou novamente em mais R\$ 10 milhões. A Agência Nacional do Petróleo (ANP) também aplicou multa de R\$

35,1 milhões por infração de diversas normas previstas em sua regulamentação, tendo a Chevron pago sem sequer discutir judicialmente, a fim de obter o desconto de 30% previsto na legislação. A sociedade empresária também sofreu a suspensão de suas atividades pelo Poder Judiciário e, no final de 2011, a decisão foi cassada.

Com efeito, a Chevron, no mesmo ano do acidente, obteve lucro líquido de 26,895 bilhões de dólares, aproximadamente R\$ 55 bilhões. Isso significa que a multa imposta à multinacional, somando a do Ibama com a da ANP, não chegou sequer a 2% do valor total do seu lucro líquido naquele ano. Assim, verifica-se que as sanções máximas previstas na legislação ambiental não são eficazes para induzir os agentes econômicos a cumprir à risca a legislação.

2. O AGENTE ECONÔMICO: A CORPORAÇÃO

No Brasil, regulamentando o artigo 225, § 3º, da CRFB, foi promulgada a Lei 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (Lei de Crimes Ambientais), que tipificou condutas delitivas, objeto de reprimenda estatal, por intermédio do Direito Penal.

O protagonismo na economia compete aos chamados agentes econômicos (família, condomínio, empresa, instituição financeira e administração pública), cada um cumprindo uma ou mais funções, diferentes dos restantes agentes, de forma a ativar o circuito econômico.

Nesse diapasão, os agentes econômicos são dotados de vontade própria, sujeitam-se às normas de convivência, culturas, padrões morais, métodos de administração, fluxogramas, organogramas, cumprem planos, buscam objetivos gerados pelo somatório da vontade individual de membros dirigentes etc.

Importante, no entanto, nos cingirmos aos protagonistas que efetivamente determinam o circuito econômico: as corporações (públicas e privadas).

Corporação vem da soma de dois termos do latim, *corporis* e *actio* (corpo e ação), definindo um grupo de pessoas que age como se fosse um só corpo, uma só pessoa, buscando a consecução de objetivos estatuídos conforme normas estatutárias que definem o funcionamento desse organismo. Assim, é fato que há organicidade na corporação, conferindo-lhe fisiologicamente capacidade de agir por si só, como o principal agente da economia.

Nas corporações, a vontade se manifesta pela decisão do dirigente executivo, na esfera regulamentar de suas atribuições, ou ocorre coletivamente expressa em reunião, por deliberação e voto dos diretores, acionistas, conselheiros e gerentes, nos conselhos diretores, de gestão, comitês setoriais ou conselhos de administração.

O fenômeno dessa manifestação da vontade do ente jurídico por meio do seu órgão, foi denominado por Pontes de Miranda como “apresentação”.

Com o advento da Lei nº 9.605/98, o preceito constitucional ganhou aplicabilidade, uma vez que houve previsão expressa da responsabilização penal da pessoa jurídica nos delitos ambientais, conforme se extrai da disposição contida em seu artigo 3º:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

3. APLICAÇÃO DA PENA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Especificamente no que diz respeito à aplicação da pena, matéria atinente ao objeto de discussão do presente trabalho, apesar de a Lei de Crimes Ambientais trazer alguns regramentos diferenciados do Código Penal, tais disposições não afastam o sistema de cominação da pena previsto naquele Diploma, que é aplicado subsidiariamente à Lei nº 9.605/98, naquilo que não for incompatível, conforme a redação contida no artigo 79 da lei ambiental.

Ao tratar das penas impostas à pessoa jurídica, observa-se que não acompanham cada tipo penal, e estão elencadas nos artigos 21 a 24, da Lei nº 9.605/98, e, obviamente, está excluída a pena privativa de liberdade. Portanto, são consubstanciadas em multa, pena restritiva de direitos ou de prestação de serviços à comunidade.

O já citado Becker sustenta a otimização das punições através de penas de multa como forma eficiente de sanção e de alocação de recursos para a sociedade, isto é, o valor marginal das penas tem de se igualar ao ganho privado marginal da atividade ilegal.

Nesse giro, a quantificação das penas varia de acordo com o dano total causado pela ofensa e, em razão disso, os criminosos devem compensar os custos que seus comportamentos causaram à sociedade, de acordo com uma análise externa.

A multa como sanção administrativa, de acordo com o artigo 75, da Lei de Crimes Ambientais, é fixada entre R\$ 50,00 e R\$ 50.000.000,00. Já a pena de multa enquanto sanção penal à pessoa jurídica é cominada em torno de R\$ 200,00 a R\$ 1.000,00, podendo ainda ser triplicada caso a vantagem econômica auferida pela sociedade empresária seja elevada, segundo consta do seu artigo 18.

Questão relevante e complicada é a estimação do valor do dano ambiental, uma vez que são vários os critérios a serem analisados para a atribuição do seu valor pecuniário, e que em muitos casos parece tarefa de impossível mensuração.

A Lei dos Crimes Ambientais recomenda a fixação do valor do dano causado, sempre que possível, assim como a liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido nos casos de execução, *in verbis*:

Art. 19. A perícia de constatação do dano ambiental, sempre que possível, fixará o montante do prejuízo causado para os efeitos de prestação de fiança e cálculo de multa.

Parágrafo único. A perícia produzida no inquérito civil ou no juízo cível poderá ser aproveitada no processo penal, instaurando-se o contraditório.

Art. 20. A sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá efetuar-se pelo valor fixado nos termos do caput, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

Para Becker, se a ofensa causar mais prejuízos externos do que ganhos ao criminoso, o dano social da ofensa pode ser reduzido ou minimizado por punições altas, e a multa seria preferível como forma de punição, pois poderia recompensar as vítimas, maximizando a utilidade dos recursos públicos e restabelecendo as perdas econômicas da sociedade;

Especificamente quanto à prescritibilidade das penas imputadas à pessoa jurídica, apesar da escassez doutrinária sobre o tema, é possível observar que já foi adotado o posicionamento no sentido de ser aplicado o lapso temporal previsto no artigo 109, do Código Penal.

Constata-se, também, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que aplicam, analogicamente (analogia *in bonam partem*), da regra inserta no artigo 114, inciso I, do Código Penal, que prevê a prescrição da pena de multa em 02 (dois) anos, para a prescrição das sanções insertas à pessoa jurídica.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, ao tratar da prescrição de crimes ambientais cometidos por pessoa jurídica, reconheceu a incidência do prazo previsto no artigo 114, inciso I, do Código Penal:

1. (...). 2. Observando-se o que estabelece o art. 79 da Lei de Crimes Ambientais, que prevê a aplicação subsidiária do Código Penal, e sendo certo que a ação penal de que trata esse recurso responsabilizou apenas a pessoa jurídica ora Recorrente pela prática de crime ambiental, condenando-a à pena de prestação de serviços à comunidade, consistente na contribuição, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), à entidade ambiental legalmente credenciada (fls. 156/175), **incide subsidiariamente, na falta de previsão específica, o disposto no art. 114, I, do Código Penal, segundo o qual “a prescrição da pena de multa ocorrerá em dois anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada.”** 3. Isso porque a multa, assim como a prestação de serviços à comunidade são penas não privativas de liberdade, o que justificaria a aplicação do mesmo prazo prescricional excepcionalmente nessa hipótese. 4. Transcorrido o lapso prescricional superior a dois anos, contados entre a data do recebimento da denúncia 24/6/2002 (fl. 84) e a publicação do édito condenatório 03/6/2008 (fl. 155), verifica-se a extinção da punibilidade estatal quanto ao crime imputado ao Recorrente. 5. Embargos de declaração rejeitados. Declarada, de ofício, a extinção da punibilidade estatal, em face da prescrição da pretensão punitiva”. (EDcl no AgRg no Recurso Especial nº 1.230.099 – AM, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 27/08/2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria econômica do crime apresenta inúmeras limitações, dentre elas se destacam a inegável diferença entre a percepção de cada indivíduo em relação à prática do crime, a “possibilidade de escolha” entre cometer ou não cometer um delito, além das diversas realidades pessoais, sociais e econômicas dos sujeitos. Contudo, não se pode ignorar a possível influência desse modelo na legislação brasileira, por exemplo, ao se examinar a possibilidade de aplicação de multas elevadas, triplicadas no caso de o magistrado verificar que a aplicação da pena ao máximo seria ineficaz (artigo 60, § 1º, do Código Penal), além da possibilidade da extinção da punibilidade, nos crimes tributários, mediante o pagamento do tributo devido.

O objetivo deste trabalho consistiu em apresentar evidências para o papel dos agentes privados no combate a crimes ambientais. Conforme visto, a prática de crimes no modelo de Becker é determinada pela probabilidade de condenação, pela intensidade da punição aplicada e

por outras variáveis, tais como renda disponível em atividades legais ou ilegais e o desejo de cometer crimes. A probabilidade de condenação é tanto maior quanto maiores forem os gastos do governo e os gastos privados com monitoramento. Desse modo, os agentes privados influenciam a prática de crimes ambientais diretamente através do monitoramento. Ademais, a literatura recente argumenta que os agentes privados podem aplicar “sanções” extralegais sobre os criminosos, tais como o estigma moral e a perda de reputação.

REFERÊNCIAS

BECKER, Gary Stanley. *Crime and Punishment: an economic approach*. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Eds.) *Essays in the Economics of crime and Punishment*. [S.l.]: National of Economic Research, 1974. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2018.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 17ª Ed.. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: Doutrina, Jurisprudência, Glossário*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)

Este artigo tem como objeto de estudo as diversas facetas da proteção integral da criança e do adolescente na ordem jurídica brasileira, apresentando descrição teórica sobre os aspectos fundamentais norteadores do funcionamento do Sistema de Garantia de Direitos das Crianças e dos Adolescentes, destacando a realidade social vivenciada e assinalando pontos de discussão e reflexão para, ao final, verificar se a prática da doutrina da proteção integral tem considerado, efetivamente, as necessidades de seres em peculiar condição de desenvolvimento.

AS VÁRIAS FACES DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Rosângela M. A. Zagaglia¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Proteção integral em conceito: epistemológica, histórica, sociológica, jurídica, psicológica, humanas. 3. Proteção integral no Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. Princípio da pessoa em desenvolvimento. 5. Doutrina da proteção integral e sua aplicação. 6. Considerações finais. 7. Referências.

Resumo

Os problemas suscitados no âmbito do Sistema de Garantia de Direitos das Crianças e dos Adolescentes estão atravessados pelas distintas concepções jurídicas e sociais sobre o atendimento às crianças e adolescentes em conflito com a lei. O que se apresenta é uma descrição teórica sobre os aspectos fundamentais que tem guiado o funcionamento do Sistema de Garantia de Direitos das Crianças e dos Adolescentes brasileiros, destacando alguns aspectos da realidade social que atravessa grande parte dos adolescentes infratores da lei, para assinalar alguns pontos de discussão e reflexão. O objetivo é de fundamentação epistemológica na construção de

¹ Defensora Pública; Doutora pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ na área Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade, linha de pesquisa Direito Civil; Doutora pelo Programa de Pós-Graduação da Universidad del Museo Social Argentín; Professora da Graduação e da Pós-Graduação em Direito Especial da Criança e do Adolescente da Faculdade de Direito da UERJ; e Professora da Graduação/EAD da UNESA, em Direito da Criança e do Adolescente.

conhecimentos científicos a partir da conceituação histórica, sociológica, jurídica, psicológica e humana, de forma ampla e profunda possível, em razão de decisões judiciais, em várias Instâncias e Tribunais onde é utilizada a doutrina da proteção integral adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 1º da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990), mas que atingem à criança e ao adolescente, bem como imprimem marcas e sequelas em seu desenvolvimento. Ao final, constata-se a utilização da doutrina da proteção integral por fatores que desconsideram o desenvolvimento e a necessidade de um ser em peculiar condição de desenvolvimento.

Palavras-chave: Sistema de Garantia de Direitos das Crianças e dos Adolescentes. Doutrina da Proteção Integral. Crianças e Adolescentes. Pessoas em Desenvolvimento.

1 INTRODUÇÃO

A doutrina da proteção integral situa-se historicamente nos fins do século XX, quando pela promulgação da Convenção dos Direitos das Crianças de 1989, se instaura um processo de não retorno com uma nova concepção e configuração da infância e da adolescência. Esse processo teve início com a Declaração dos Direitos das Crianças de 1959, mas é a partir da Convenção de 1989 quando se dá um giro drástico e inquestionável para que as crianças e adolescentes sejam transformados em sujeitos de direitos e ao mesmo tempo de deveres. Esse processo tem transcurso histórico muito importante que mostra finalmente que considerar a criança e o adolescente como sujeito de direito que pode perceber e pensar autonomamente, ou seja, um sujeito pleno de direitos e não um incapaz representado por adultos.

Para tanto, visando explicar os propósitos do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990), e verificar se os tribunais brasileiros estão considerando a peculiar condição de desenvolvimento dessas pessoas no momento de realização da doutrina da proteção integral assegurada pelo artigo 1º, da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, visando construir conhecimentos quanto ao conceito amplificado da doutrina da proteção integral da criança e adolescente, angariando elementos suficientes para subsidiar a verificação do cumprimento, na prática dos tribunais brasileiros, do princípio da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Para o momento da investigação, o método escolhido é o dedutivo, partindo-se da hipótese de que o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao adotar a doutrina da proteção integral, foi influenciado pelo regulamento internacional, evoluindo do anterior texto normativo que sequer mencionava direitos e garantias aos menores de idade, para um estatuto garantista e participativo. Destarte, deduz-se que são assegurados direitos fundamentais à criança e ao adolescente brasileiros, fornecendo-lhes instrumentos de direito processual e material no desígnio de tutelar o direito à vida e promover o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e respeito, proporcionando dignidade por meio da proteção integral, especialmente por serem pessoas em peculiar condição de desenvolvimento.

Ao final, defende-se que a proteção dos direitos das crianças e do adolescente se faz por meio do respeito às garantias constitucionais e estatutárias, responsabilidade maior dos juristas e aplicadores do direito. Contudo, verifica-se que a doutrina da proteção integral está sendo aplicada pelos tribunais brasileiros por meio de fatores que desconsideram o desenvolvimento e a necessidade de um ser em peculiar condição de desenvolvimento.

2 FUNDAMENTAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: CONCEITUAÇÃO HISTÓRICA, SOCIOLÓGICA, JURÍDICA, PSICOLÓGICA E HUMANA

A proteção integral das crianças e dos adolescentes é uma doutrina amplamente adotada pelos países signatários da “Convenção das Nações Unidas Sobre Direitos da Criança”, emitida em 20 de novembro de 1989 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e oficializada como lei internacional em 1990, ano em que foi promulgada e aprovada no Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990. Contudo, sua prática guarda peculiaridades em cada um dos países signatários, diretamente influenciada pelos reflexos socioeconômicos e culturais de cada região. Por exemplo, a maneira como foi implantada a doutrina da proteção integral das crianças e dos adolescentes na Europa não é da mesma forma que aconteceu no Brasil, devido especialmente ao legado histórico marcado pela escravidão, pela desigual distribuição de renda, pelo baixo nível educacional e pelos índices negativos de desenvolvimento histórico-econômico.

Nesse contexto desfavorável ao desenvolvimento das crianças e adolescentes, ao longo da história brasileira essas pessoas têm assumido diferentes papéis nos diversos contextos em que se inserem como na família, na sociedade, no Estado e no próprio sistema jurídico.

Este capítulo apresentativo é destinado à definição ampla e profunda da doutrina da proteção integral a partir de sua fundamentação epistemológica dos conceitos histórico, sociológico, jurídico, psicológico e humano.

2.1 Fundamentação histórica da doutrina da proteção integral

Remontando alguns anos na história da humanidade, é possível verificar que em meados do século XVII teve início um curso de mudança de paradigma na forma de se conceber e de se ter acesso ao conhecimento humano sobre o mundo. Esta ruptura se origina, fundamentalmente, no marco do desajuste do sistema supranacional medieval que implicava a superação do conhecimento teológico como princípio explicativo da fenomenologia universal e igualmente o desequilíbrio do modelo feudal como forma organizativa social.

O rompimento do modelo escolástico ocorre de maneira tão progressiva quanto radical, trazendo como consequência uma nova visão de mundo caracterizada pela substituição do princípio teológico pelo princípio de racionalidade. Este não tardou em começar a obter resultados positivos dando respostas lógicas do acontecer fenomenológico da realidade.

A partir de então, o princípio da razão segue seu curso em plena atividade na tarefa de explicar fenômenos universais. Como não poderia acontecer de outra forma, o fenômeno jurídico não ficou imune às influências da nova concepção de mundo, regida não mais pelo princípio de autoridade religiosa, mas pelo princípio da racionalidade. Diante da derrocada do modelo jurídico provindo das divindades, busca-se um sistema racional de normas válidas em todo tempo e lugar, expectativa que acabou satisfeita com o direito que ocupou lugar central no subsequente desenvolvimento da teoria político-jurídica. Esta busca acabou impulsionando a separação entre as normas criadas pelos humanos e as normas de origem divina, contudo sem deixar de admitir a possibilidade de uma coexistência pacífica entre elas.

A diminuição do poderio e incidência do princípio de autoridade religiosa para dar abertura ao princípio da racionalidade fazia surgir não apenas uma nova proposta lógica, metodológica e ao mesmo tempo gnoseológica, mas implicava uma nova postura ontológica do “ser” das pessoas, social e individualmente concebidas, o que se traduziu, também, numa maior aproximação do indivíduo à sua condição humana pelo fato de se reconhecer em sua mutabilidade. Implicou, ademais, no autoconhecimento do infinito potencial existente no seu interior e que o colocou frente à nova moralidade muito mais terrena e enfocada na própria condição humana.

Neste panorama a inquietude intelectual que dominara o “como fazer” das ações humanas acontecia de modo natural, não planejado, do mesmo modo que era natural a necessidade de saber se essas ações também eram inerente à condição humana, o que explica, dentre outras coisas, porque a humanidade nunca parou de buscar os instrumentos e ferramentas que legitimaram sua nova condição social e pessoal.

Entre os séculos XIV e XVI surgiram movimentos que formaram um cenário perfeito para uma mudança de atitudes, a exemplo do Renascimento e da Reforma. O Renascimento se traduz na descoberta do mundo e da condição humana inserida nesse contexto, onde o centro das atenções era a vida mesma a que se amava intensamente na mesma medida em que as coisas terrenas, cujas ideias serviriam para impulsionar o progresso das ciências; e a Reforma Protestante, cujos idealizadores trataram de criar a partir da religião uma irreverência quase inaceitável para um ser humano simples da época, mas cheio de fé e dono de seu destino, centro do universo e com uma vontade interior que o fortaleceu no individualismo como fonte de liberdade interna.

Nesta mesma época Nicolau Maquiavel (1469-1527), presenciou e participou do rompimento do modelo anterior de sociedade, e seguindo as transformações da realidade de então, mostrou interesse pelo poder, seu desenvolvimento, explicação e fundamentação teórica, o que veio acompanhado pelo fato de ter presenciado o fim do princípio de autoridade religiosa ao ver que o Papado havia se convertido num reino a mais e não no cume da pirâmide teológico-feudal. Nicolau Maquiavel revolucionou o padrão medieval da época, ao escrever “o príncipe”, de cunho humanista, afastados da teologia e dos aspectos morais e religiosos. Nessa obra desenvolve outro conceito de moral e ética, não provinda da divindade, mas do mundo prático (GRUPPI, 1986, p. 10).

Com o abandono do princípio teológico, era preciso inserir a ideia de ordem em um conceito capaz de sustentar o crescente desenvolvimento da sociedade de então, e as constantes mudanças e avanços que estavam se suscitando como produto de sua própria dinâmica de gestação, o conceito de lei, impregnado da firmeza e contundência do recurso que deve dar conta da contingência das mudanças, das novas experiências, do crescimento, da mobilidade social, entre outros. Assim acontece o nascimento do direito positivo, que serviu para constituir o Estado, para delimitar seu funcionamento e para mostrar os limites do espaço de seus cidadãos, entre outras funções.

A forma como se vê refletida nesta nova concepção ontológica do ser humano passa pela revisão do conceito de pessoa, juridicamente falando. Se é certo que se tratam de processos históricos, também é correto que esses processos produzem resultados determinantes à configuração jurídica dos modelos políticos hoje existentes, de maneira tal que até o presente as formas jurídicas de organização dos seres humanos estão condicionadas pelo conceito de pessoa humana concebido àquela época e que progressivamente foi sendo consolidado.

De modo muito particular, a estrutura interna do Estatuto da Criança e do Adolescente rompe de algum modo a forma normal das leis, uma vez que desenha desde princípios normativos que se traduzem logo em normas particulares e as que se acolhe a singularidade da matéria que aborda. Tais princípios implicam os espaços sociais e pessoais conquistados nos processos históricos, de maneira tal que não é demais advertir o fio condutor que determina o ponto de chegada.

Não se reconhecem no Estatuto da Criança e Adolescentes nem na Doutrina da Proteção integral que o determina, direitos e garantias senão porque as legislações de um sistema como o brasileiro estão em boa maneira condicionadas por razões e processos históricos nos quais foram sendo criadas novas formas de interação entre os indivíduos e o Estado, interação que vem determinada pelo respeito que lhe deve o Estado aos espaços conquistados pelo cidadão em sua máxima expressão social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é um microssistema jurídico completo composto por princípios e regras distribuídas em três blocos: as normas sobre políticas públicas dirigidas obrigatoriamente a todos os adolescentes, independente da situação em que estejam; as normas que regem as medidas de proteção dirigidas a todas as crianças e adolescentes que estejam correndo risco pessoal ou social, sem terem cometido nenhum ato infracional; e normas que regem o tratamento dispensado pelo estatuto adolescentes que se encontram em conflito com a lei.

Este microssistema normativo triplo, formado por normas de políticas públicas direcionadas à prevenção primária; por normas de medidas de proteção voltadas à prevenção secundária e as normas de medidas socioeducativas que compõem a prevenção terciária, se realiza de modo harmônico, sendo que o acionamento de cada um deles é gradativa. Assim, quando as políticas públicas preventivas não alcançarem a criança e o adolescente, o sistema secundário é acionado por meio do Conselho Tutelar e se o adolescente estiver vivendo alguma situação em conflito com a lei, em que se lhe atribui a prática de ato infracional, ativa-se o terceiro sistema de prevenção, que é o operador das medidas socioeducativas pelo sistema de justiça.

Esses três blocos de normas se completam e formam o microsistema jurídico do Estatuto da Criança e do Adolescente, representando, por meio de práticas descentralizantes das políticas infanto-juvenis, uma divisão de responsabilidades entre instituições municipais, estaduais e nacionais. Destarte, o afastamento da família ou a internação do adolescente em conflito com a lei em instituições sócio-educativas, que antes eram práticas correntes por força da Doutrina da Situação Irregular, agora são realizadas apenas em situações extremas.

2.2 Fundamentação política da doutrina da proteção integral

Na nova sociedade que nasceu depois de profundas mudanças sociais, dirigida por um novo indivíduo consciente da força modeladora do princípio da razão que lhe assistia e que acabara de descobrir, foram realizadas transformações de transcendência considerável.

A ideia que se tem de governo moderno fundamenta-se nas premissas teóricas edificadas pelo iluminismo, principalmente na fonte dos teórico-contratualistas, como Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) e Emanuel Kant (1724-1804). Foi neste panorama que Thomas Hobbes, teórico do absolutismo, desenvolveu sua proposta filosófico-política e ajudou a romper o paradigma do modelo de Estado até então conhecido.

Thomas Hobbes consolidou sua abordagem teórica num momento em que a superação do princípio teológico, como princípio explicativo dos fenômenos, havia trazido como consequência que Deus e todo o que lhe fora pertinente deveria ser abordado pela teologia e, de outra parte, a natureza e seu conhecimento deveriam ser tratados pela filosofia. A partir desta distinção foi possível criar um modelo de ordem social baseado na lei escrita, criada pelos homens e não por Deus. Em tal sentido, Thomas Hobbes se esforçou para mostrar que o princípio de razão, que tão bons resultados havia aportado nas áreas do saber, gerando uma sensação de domínio e controle sobre todo tipo de acontecimentos, seria também satisfatoriamente aplicado ao âmbito do social, à conformação do Estado assim como a sua estruturação jurídica.

Neste sentido, Thomas Hobbes começou a repensar as configurações originárias do Estado e propôs desmembrar e separar cada uma das vontades que as conformam para reagrupá-las novamente através de um procedimento específico que evidencia uma nova forma de ordem.

O método de reestruturação do Estado que Thomas Hobbes propôs vai da singularidade da vontade de cada cidadão até a conformação definitiva do Estado, passando pelo contrato que subscrevem os intervenientes. Cada participante se encontrou em igualdade de condições frente aos outros e, por isso, ninguém está facultado para governar, decidir ou mandar. Isto é o que Hobbes chamou de Estado de Natureza, entendido como uma condição do Estado Social na que não existem limitações impostas por terceiros e na que devem ser expressas com a maior habilidade possível as potencialidades pessoais para poder sobreviver. É a condição social na qual todos tem direito a tudo e somente os limitam suas próprias capacidades:

Tendo assim estabelecido os alicerces para o assunto ao qual me propus, demonstro primeiramente que o estado dos homens sem a sociedade civil (ao qual podemos corretamente chamar de Estado de Natureza), nada mais é que uma guerra de todos contra todos, e nesta guerra, todos os homens tem direitos iguais sobre todas as coisas; e em sequência, que todos os homens assim que entendem esta condição odiosa (até porque a natureza os compele a isto) desejam livrar-se desta miséria. Mas isto não pode ser feito a menos que, através de um pacto, abdicuem do direito pelo qual todos são possuidores de todas as coisas (HOBBS, 2009, p. 14-15).

Portanto, este homem precário, de sentimentos egoístas, ambicioso, passional, que se sente completamente livre, estava dotado de razão, princípio humano que lhe indicaria que as condições do Estado de Natureza deveriam ser superadas, pelo que aparece a figura do pacto sustentado sobre a ideia de um acordo de todos, gerando a possibilidade de criar um espaço alternativo à guerra e ao caos. Porém, esta ideia não teria êxito ao menos que se fizesse repousar em formas de controle exercido por alguém específico a quem se cederia uma cota dos direitos da maioria, as quais seriam manejadas no sentido do benefício e da utilidade comuns.

Para Thomas Hobbes (2009, p. 15), aquele que exercer o controle em benefício coletivo deve fazê-lo tendo como base de pautas ou regras de conduta de obrigatório cumprimento que deverão observar todos sem exceção, o que viria por meio natural através da convicção pessoal que dita a razão correta, assinalando que este é precisamente o caminho adequado para a obtenção da paz.

Indistintamente do tipo e forma de contratação que Thomas Hobbes (2009, p. 15) propôs por meio do seu pacto, o importante é advertir que esta proposta só poderia funcionar fundamentada em uma estrutura normativa que estabeleceria claramente as regras do jogo, tanto para quem está encarregado da administração do poder como para os súditos, e desde que a normatividade estivesse sob o controle humano e não divino. Surge assim o império da lei criada pelo homem e que atuaria como instrumento suficientemente contundente para o resguardo de que a vontade da minoria seria atendida e obedecida por todo o social. Thomas Hobbes é contundente em expressar que não existem dois poderes, mas apenas um, o poder que provém do Estado (2009, p. 54).

O Estado não é criação divina e seu funcionamento não é regido por leis que vêm impostas pela vontade de Deus, isso também reconsiderou o problema ontológico da condição do homem, pois agora este se converteu no protagonista de seus acertos e desventuras e se colocou no centro da tomada de decisões dos assuntos de seu interesse. A partir de então, as leis criadas pelos homens são entendidas como dispositivos normativos de natureza imperativo-coativa criadas em forma exclusiva por quem exerce o poder soberano para o exercício do controle da sociedade:

Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens. É desta instituição do Estado que derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido (HOBBS, 1983, p. 61).

Em sentido amplo esse é o processo que acontece dentro da filosofia política como a estruturação do Estado moderno, cuja instauração e funcionamento com base na lei escrita de origem humana significaram o império do jurídico assim como os primeiros passos do que, posteriormente, se conhecerá como Estado de Direito, teoria cujo originário desenvolvimento se localiza historicamente na Alemanha (FRANCA FILHO, 1997, p. 110).

A proposta hobbesiana foi emoldurada no que se denominou uma concepção individualista das liberdades que se originam com o jusnaturalismo, que se encarrega de converter o sujeito em titular de seus direitos com base na igualdade.

Nesta perspectiva, o contrato social é o instrumento de edificação da sociedade política, processo que se produz por vontade e decisão dos indivíduos. Isto significou que o Estado que nasceu deste acordo só veio a consolidar e a ordenar o que já existia, vale dizer, não é criador de nada e não apareceu para fundar nada, mas apenas para reconhecer. Este modelo a organização de sujeitos politicamente ativos conformou em si mesmo um poder constituinte autônomo que precede os poderes criados com o Estado mediante um Pacto. É aí que o constitucionalismo moderno assenta suas raízes, na necessidade de garantir os direitos e liberdades reconhecidos.

Por exemplo, a relação entre o indivíduo e o Estado, de igual forma que a relação que se dá entre súdito e amo, se rege por uma correlação de forças, de tal modo que se o Estado respeita os direitos e se constitui sobre um modelo garantista e protetor de espaços reconhecidos universalmente como próprios dos cidadãos, nesse Estado o indivíduo tem um espaço prudencial no qual se move e se desenvolve em sua dinâmica social e pessoal; e ao contrário, se o Estado é arbitrário, repressivo e expressa sua razão de Estado mediante a aplicação de um máximo controle, nesse modelo o indivíduo conta com pouco espaço de mobilidade, não podendo se expressar sobre tudo e da melhor medida possível; significa que a folga em matéria de decisões é de total domínio e controle do Estado. Onde há maior espaço para o Estado há menor espaço para o indivíduo e vice-versa.

Portanto, o findar do século XVII e o porvir do século XVIII trazem consigo o apogeu do absolutismo moderno proposto por Thomas Hobbes e assumido parcialmente por seus seguidores e com eles a conduta de novas exigências políticas por parte da cidadania, assim como de novos compromissos assumidos por quem exercia o poder soberano. O curso do século XVIII esteve marcado pela cristalização das novas abordagens que já vinham sendo gestadas desde o Renascimento, e que, de maneira progressiva, foram tomando forma. Tais abordagens tiveram sua expressão jurídica num momento histórico em que se conhece como a ilustração e

que se identificou basicamente por uma considerável redução na desumanidade no trato dos governados, fomento da educação popular, processo de equalização dos súditos frente à lei, afirmação da liberdade religiosa, limitação da tortura judicial.

Neste cenário em que imperou a razão, entendida como uma energia, uma força que não pode ser compreendida fora de seu exercício e em sua ação, são necessários alguns apontamentos sobre John Locke (1632-1704), que foi quem também mostrou interesse na questão da formação do Estado e sua fundamentação lógico-jurídica. Então, noções como irrepetibilidade, singularidade e originalidade se entendiam estreitamente vinculadas ao conceito de ser humano, dando ao homem uma nova dimensão ontológica.

John Locke discordava da pretensão absolutista do poder, inclinando-se pelo regime burguês representativo. Partiu do conceito de Estado de Natureza, mas no sentido de que os indivíduos são iguais e livres, e de que o Estado de Natureza não é um estado de guerra. Para ele, os sujeitos ativos políticos se organizaram e confiaram o exercício do poder a alguns poucos que o exerciam sobre a base de limitações e por via de representação. Tal representatividade era produto do livre consentimento de todos, na medida dos seus direitos:

Para compreender corretamente o poder político e traçar o curso de sua primeira instituição, é preciso que examinemos a condição natural dos homens, ou seja, um estado em que eles sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade. Um estado, também, de igualdade, onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros; evidentemente, seres criados da mesma espécie e da mesma condição, que, desde seu nascimento, desfrutam juntos de todas as vantagens comuns da natureza e do uso das mesmas faculdades, devem ainda ser iguais entre si, sem subordinação ou sujeição, a menos que seu senhor e amo de todos, por alguma declaração manifesta de sua vontade, tivesse destacado um acima dos outros e lhe houvesse conferido sem equívoco, por uma designação evidente e clara, os direitos de um amo e de um soberano (LOCKE, 1994, p. 83).

Liberdade e igualdade em John Locke são estados próprios da condição humana e sobre eles estrutura a fundamentação da filosofia liberal burguesa, juntamente com sua abordagem sobre o direito de propriedade ao que entendeu como conatural à condição humana traduzindo-o na capacidade inata que se tem de transformar qualquer coisa que a natureza haja proporcionado, sacando-a de seu estado original e colocando-a ao serviço da satisfação de uma necessidade pessoal (LOCKE, 1994, p. 97).

Para John Locke as razões que levaram os indivíduos a abandonar o estado de natureza, mesmo não sendo um estado de guerra, foi a preservação da propriedade. Também desenhou, mesmo que de forma incipiente, a teoria da separação dos poderes, que já havia sido mencionada por Aristóteles de Estagira (385-322 a.C.), em sua clássica obra “política”, escrita por volta de 325 a.C., onde encara, além dos poderes políticos, a estrutura e o comportamento das autoridades administrativas e judiciárias², e que tempos depois viria a ser retomada e desenvolvida em sua máxima expressão por Charles de Montesquieu (1689-1755).

A proposta de Aristóteles sobre a separação dos poderes do Estado estava estreitamente vinculada às limitações que John Locke entendeu como necessárias ao exercício do poder, argumentando que se o Estado se instaurou com objetivos muito bem delimitados, era óbvio que seu exercício não poderia degenerar em arbitrariedade, ao contrário, deveria estar sempre ao serviço dos interesses dos súditos e, fundamentalmente, do resguardo de seus interesses. Daí que sua abordagem distancia muito da de Hobbes, apesar de nascer de um tronco comum, qual seja, o Estado de Natureza.

Em John Locke tanto como em Thomas Hobbes a constituição do Estado e seu funcionamento se apoiaram firmemente no recurso da lei escrita de criação humana, sendo que na proposta de John Locke funciona como barreira de contenção diante dos excessos do soberano. A lei é concebida não apenas como mecanismo de controle, mas sua criação é colocada ao serviço do controle de comportamento dos indivíduos e do próprio Estado.

No marco desta mesma filosofia e havendo recebido a influência de Thomas Hobbes, de John Locke e outros estudiosos do assunto, importa destacar alguns pontos importantes doutrina de Charles de Montesquieu para esta pesquisa, que foi quem comungou com a ideia de entender e compreender a sociedade a partir dos mesmos princípios explicativos das ciências naturais. Charles de Montesquieu descobriu que o funcionamento das sociedades foi manejado por leis intrínsecas distintas às do mundo físico e submetidas à vontade dos particulares, pelo que advertiu que deveriam ser criadas leis por parte da autoridade em procura da paz social.

Normalmente atribui-se à proposta de governo limitado pela divisão dos poderes de Charles de Montesquieu o lançamento da semente que fez germinar o constitucionalismo moderno adotado pela Declaração de Direitos da Virgínia de 1776³ e transformado em princípio fundamental da organização política liberal, expressa no artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos, nem determina a separação de poderes, não tem Constituição” (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789). Essa declaração marca o início do Estado de Direito.

2 “Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição” (ARISTÓTELES, 2004, p. 19).

3 “Parágrafo V: o Poder Legislativo e o Poder Executivo do Estado devem ser distintos e separados da autoridade judiciária; e a fim de que também eles de suportar os encargos do povo e deles participar possa ser reprimido todo o desejo de opressão dos membros dos dois primeiros devem estes em tempo determinado, voltar a vida privada, reentrar no corpo da comunidade de onde foram originariamente tirados; os lugares vagos deverão ser preenchidos pôr eleições, frequentes, certas e regulares” (Declaração de Direitos da Virgínia de 1776).

A teoria da divisão dos poderes não só estruturou o poder sobre a base da separação de funções como trouxe uma nova funcionalidade política na qual a alocação de funções separadamente limitou o poder do soberano e garantiu a liberdade do cidadão.

Em matéria de constituição do Estado, é evidente que tanto Thomas Hobbes, como John Locke e Charles de Montesquieu formularam propostas políticas filosóficas em que os espaços de reconhecimento e respeito pelos direitos inerentes ao ser humano foram abertos, individualmente concebidos, isso não é nada mais do que o resultado de todos os processos antes assinalados, reafirmados e consolidados no âmbito do esclarecimento, em que foi produzida a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, máxima expressão do reconhecimento dos direitos do homem em sua nova dimensão.

Nesse cenário de afloramento de ideias como o individualismo, muitos fenômenos foram tomando corpo, aperfeiçoando-se e enriquecendo-se com os aportes uns dos outros, seguindo o curso natural daquilo que se mostrava com ares revolucionários, criticando e questionando o existente e pedindo sua substituição por novos modelos que se ajustaram às mudanças vivenciadas.

Esses fenômenos são, basicamente: a) a igualdade natural do indivíduo, depois transmutada à igualdade social (perante a lei); b) o império da razão que buscava construir um modelo de organização humana visando a convivência pacífica e que desembocou no contratualismo aperfeiçoado de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), para quem o contrato social é um acordo entre indivíduos com o intuito de se criar o Estado, a quem são atribuídos poderes e normas com a finalidade de proteger os interesses vitais da própria sociedade que o instituiu. Rousseau; c) o entendimento de que a infâmia e a degradação humana não compunham o único cenário possível de se fazer justiça, com fundamento na aceitação das normas jurídicas como instrumentos idôneos para estabelecer controles e regulações em sociedades quantitativamente estruturadas de forma muito mais complexa; d) a representatividade como instrumento de garantia da participação de todos; a nova dinâmica socioeconômica que aos poucos foi delimitando sua forma; e e) a consolidação da classe social burguesa.

Foi essa complexidade fenomenológica que fez desembocar a Revolução Francesa de 1789, onde tais ideais foram cristalizados na mais perfeita e insuperada expressão num texto jurídico de imensurável transcendência histórica para a humanidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente conjuntamente com a doutrina sobre a que se apoia, se traduzem no fiel reflexo da proposta individualista no reconhecimento das liberdades dos cidadãos, toda vez que delimita de maneira clara as formas de respeito do Estado frente ao indivíduo em sua condição de titular de direitos e garantias.

As formas políticas dos governos determinam o tipo de legislação sobre a qual fundamentarão suas atuações e, ao mesmo tempo, estas normas passam a ser legítimas na medida em que respeitem os limites políticos de tais sistemas. No caso da Doutrina da Proteção Integral, é preciso destacar que o Estatuto da Criança e do Adolescente levou em conta a forma de governo democrático, social, de direito e de justiça que está definido na Constituição da República de 1988, daí sua legitimidade e conseqüentemente validade.

2.3 Fundamentação jurídica da doutrina da proteção integral

Os processos descritos nos itens anteriores e que foram sendo criados desde a Idade Média, que se consolidaram com o jusnaturalismo e se tornaram no atual constitucionalismo, tem sua forma mais notória na identificação da teoria dos poderes cujo antecedente de maior peso é a Declaração dos Direitos Humanos de 1789. Tal identidade se mantém na atualidade no plano político e jurídico adicionando-se no século XIX a teoria do garantismo na França e a teoria do Estado de Direito na Alemanha (MORAIS; SOUZA; SALGADO, 2015, p. 468).

Nesta etapa de evolução social da humanidade o funcionamento estatal e a vida dos indivíduos que o conformam são regidos e resguardados por normas. O império do jurídico-normativo que já vinha tomando forma desde Thomas Hobbes adquire neste novo momento a força do “universal” e a contundência do “irrefutável”.

A partir de então, o modelo da configuração dos Estados com base nos documentos escritos que os constituem e os legitimam se universalizou e é adotado amplamente pelos sistemas políticos modernos, independentemente do nível de inclinação que tenham pelo respeito aos direitos de seus cidadãos.

Em suas origens, especialmente no modelo de sistema jurídico-normativo hobbesiano, a tarefa tutelar do Estado em relação aos direitos do indivíduo estava concentrada no direito à vida. Depois foi paulatinamente sendo estendido a outros direitos, dando lugar às primeiras declarações de direito assim como as primeiras constituições que se conhecem. Posteriormente, a proteção alcança os direitos políticos e, por fim, os direitos sociais, pelo que a história do constitucionalismo não é senão a história desta progressiva ampliação da esfera pública dos direitos (FERRAJOLI, 1995, p. 12).

Assim, a lista dos direitos constitucionalizados deixou de se referir aos direitos naturais da tradição jusnaturalista para passar a conformar complexas redes normativas destinadas à proteção tanto do interesse pessoal como do interesse coletivo. A dignidade humana, que é o valor fundamental tanto da democracia como do Estado Liberal, já não é o correlato do indivíduo ilhado e soberano absoluto de seu espaço vital, senão que se corresponde com uma imagem de homem fundada no conceito de pessoa.

Como explica Luigi Ferrajoli (1995, p. 905), o paradigma da democracia constitucional é filho da filosofia contratualista, sendo que as constituições modernas são contratos firmados pela sociedade de forma escrita e positiva, pactos fundantes da convivência civil gerados historicamente pelos movimentos revolucionários. Prossegue dizendo que se é certo que os direitos fundamentais não são senão o conteúdo do pacto constituinte é preciso reconhecer a Thomas Hobbes a invenção desse paradigma.

A partir de então, o fenômeno jurídico enfrentou nova realidade ontológica que veio dada pela condição de ser colocado pela autoridade competente. Trata-se do momento em que se conheceu como positivismo jurídico-clássico, a partir do qual a juridicidade de uma norma vem dada por sua positividade que se manifestou mediante o princípio da legalidade.

Foi produzida então uma estreita relação dialética entre a nova realidade ontológica do indivíduo e sua nova condição exposta no estatuto jurídico que não apenas controlou seus espaços, como também lhe reconheceu e resguardou direitos inerentes à sua condição humana. Este reconhecimento de direitos mostrou como a norma jurídica não foi reduzida à forma, mas também transcendeu nos espaços do que se conhece como axiologia jurídica (teoria dos valores jurídicos) (FERMENTÃO, 2007, p. 78).

A vida, a liberdade, a segurança, a dissidência, a propriedade, entre outros estados sociais, abandonaram sua condição originária e adquiriram a categoria de valores, entendidos como o substrato último da norma jurídica. O reconhecimento destes valores reduziu o espaço do Estado, que assumiu obrigações de tutela e garantia do indivíduo, reconhecendo-lhe como titular desses direitos e, em consequência, capaz de fazê-los valer. O valorativo impregnou os espaços jurídicos e a norma passa a ser o vínculo necessário para garantir, proteger e reclamar direitos dos seres humanos. O conteúdo da norma jurídica traspassou as barreiras do simplesmente posto pela autoridade competente mediante um procedimento determinado.

Neste sentido, as Constituições adotaram em seus dispositivos os direitos humanos, inalienáveis e imprescritíveis, cuja tutela é indispensável à compleição da comunidade pacífica. Tais direitos foram e seguem funcionando como limites substanciais vinculantes ao exercício do supremo poder do Estado. Este princípio da supremacia da lei implica que, na atualidade, todo poder político deve estar legalmente limitado⁴.

Os aspectos politicamente relevantes das organizações jurídicas modernas são: a separação dos poderes e a garantia constitucional das liberdades. O primeiro está ligado às organizações jurídicas democráticas e o segundo ao surgimento das organizações jurídicas liberais. Em uma e na outra forma de organização a delimitação dos direitos fundamentais passa pela consideração do valor da pessoa humana assumida como fim em si mesmo. Em tal sentido, igualdade, democracia, paz e a lei do mais débil se debatem, na teoria contemporânea do direito, como os quatro critérios axiológicos que sustentam a noção de direitos fundamentais. Estes critérios se convertem nos fins para cuja obtenção os direitos fundamentais são o meio necessário.

A partir desta abordagem se pode conceituar os direitos humanos tanto desde uma perspectiva formal, que refere quais são os direitos fundamentais consagrados em um ordenamento jurídico, como numa perspectiva material, que alude quais devem ser os direitos reconhecidos nessa categoria (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2005, p. 109-110).

A primeira perspectiva acena à descrição dos direitos que tais qualificações coletaram em determinada ordem legal, enquanto que a segunda perspectiva alude à expectativa que deve ser abrangida pela denominação de direitos fundamentais em dito ordenamento jurídico, vale dizer, os direitos que deveriam ser incluídos sob a denominação.

4 “Estado de Direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. ‘Estado de não direito’ será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito” (CANOTILHO, 1999, p. 04).

Uma e outra forma de conceitualização dos direitos fundamentais aportam enfoques marcados pela temporalidade e as singularidades de um ordenamento jurídico determinado para além das características tutelares. Mais ou menos favoráveis de um ordenamento jurídico no reconhecimento dos direitos fundamentais o conceito destes deve girar em torno da condição de generalidade e abstração e, portanto, devem estar ao serviço de qualquer ordenamento jurídico. Por Luigi Ferrajoli (1995, p. 290) se inclina por uma proposta conceitual formal que atende à estrutura que dita expressão está chamada a cumprir na relação com a funcionalidade protetora que lhe há sido encomendada.

Neste sentido, pode-se entender por “direitos fundamentais” aqueles direitos subjetivos que as normas de determinado ordenamento jurídico atribuem universalmente a todos. Esses direitos, num sistema político como o brasileiro, devem ser identificados unicamente com o ideal de justiça e em nenhuma medida como fim específico que se lhes atribua, pois, neste sentido, estariam sendo instrumentalizados em função da obtenção de dito fim.

Quando os direitos fundamentais se orientam em função de um fim específico, corre-se o risco de que tais fins não sejam, num momento histórico e em um sistema político determinado, os valores inerentes à pessoa e garantia do respeito por seus direitos.

Agora resta assinalar que hoje em dia a proposta normativa de um Estado que se digne ser democrático, não escapa à teoria dos direitos fundamentais, entre outras razões, pela universalidade do sujeito titular de tais direitos. O conceito de pessoa humana transcende as barreiras de qualquer forma jurídica para chegar a converter-se num conceito definidor e condicionante de sistemas políticos e dentro destes dos sistemas jurídicos (ASCARELLI, 1952, p. 43).

Os direitos fundamentais são a base dos sistemas constitucionais democráticos, gerando uma legalidade por e para os valores, ou legalidade espelhada num ordenamento superior, cujos princípios fundamentais constituem, ao mesmo tempo, os parâmetros de valor positivo e materiais da legitimação e medida da legalidade.

Desta maneira resta superado o modelo de Estado Liberal dando lugar ao Estado Democrático Constitucional, cuja condição se reflete não apenas no limitado exercício do poder, mas também na garantia da tutela dos cidadãos em seus direitos fundamentais.

3 PROTEÇÃO INTEGRAL NO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

O Estado brasileiro não escapou do modelo constitucionalista de base axiológica a que foi feita referência. Politicamente seu funcionamento se define sobre a base dos princípios democráticos e de separação dos poderes e sua qualidade se descreve na Constituição da República de 1988, mais especificamente no preâmbulo e no Título I, que versa sobre os princípios fundamentais (artigos 1º ao 4º), garantindo o cumprimento dos princípios, direitos e deveres consagrados na constituição como um dos fins essenciais do Estado.

As normas constitucionais se complementam e uma se refere diretamente ao conteúdo da outra, pois um Estado não pode pretender a condição de democrático e social de direito e de justiça obviando o reconhecimento de tais direitos e garantias e aludindo a assunção de certas obrigações em função de que tais direitos se façam efetivos.

Na Constituição da República de 1988, conformada por princípios, como é usual nas normas de natureza constitucional, se consagraram diretrizes que precisaram ser desenvolvidas ou explanadas em todas suas implicações, formal e materialmente, nas legislações ordinárias. Nesse sentido, é pertinente recordar que os princípios jurídico-normativos se inspiraram nas exigências da moral crítica ou ideal e se converteram em normas de direito, ou pelo costume, ou por sua adoção ou reconhecimento no direito positivo (constituição ou lei). Compõem a origem ou fundamento das normas e em definitivo a causa do direito positivo, cuja noção lhe é própria a ideia de principialidade, vale dizer, a primazia dos princípios sobre as normas e, igualmente, a de dinamismo potencial que lhes confere o caráter de valores abertos que vão mais além da legalidade formal e em certa maneira positivam os princípios de direito natural, superando os limites do positivismo jurídico. São, então, primeiros, prioritários e principais. O princípio ilumina o caminho da norma até seu fim no conjunto harmônico do ordenamento jurídico (REALE, 2004, p. 304).

A tal efeito os princípios devem ser entendidos como as normas norteadoras da lei, vale dizer, desde sua consideração deve ser desenhado na realidade a interpretação, a valoração e a implementação e posta em prática da lei, tendo-os o supremo valor que transcende ao próprio texto da norma que orienta em todo sentido a interpretação da mesma e que impõe a orientação a que devem encaminhar-se as políticas sociais, administrativas e penais que seja pertinente tomar. Por esta razão os princípios transcendem o plano do estritamente normativo desde a perspectiva positivista para avançar até uma visão axiológica e teleológica que lhes imprima um caráter de supremacia.

Na medida em que os princípios expressam valores superiores contém também as razões últimas para atuar e estas razões possuem sentido ético. O princípio torna-se a base fundadora de tudo o mais em seu campo de aplicação. Os princípios servem para explicar as normas e as instituições, assim como a prática. O princípio não é propriamente a norma, mas o norte que permite compreendê-la e projetá-la em toda sua dimensão dentro do ordenamento jurídico (DE DIEGO *apud* GRAU, 1991, p. 117-118).

Adicionalmente, a subscrição à Declaração Universal dos Direitos das Crianças, de 20 de novembro de 1959 e a intenção expressa da Constituição da República de 1988 dar caráter constitucional à referida normativa internacional, reafirma os princípios que norteiam a matéria. Assim, em referência à Doutrina da Proteção Integral, deve-se afirmar que nela não apenas se desenvolveram os princípios constitucionais pertinentes à área de crianças e adolescentes, como também os princípios do texto normativo internacional. Este desenvolvimento se fez sobre a base de cinco princípios que, estando dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente, explicam desde logo o máximo detalhe o que está articulado na lei. Estes princípios constitucionais e internacionais obedecem, por sua vez, a teoria dos direitos fundamentais.

Em tal sentido, em consonância com o assinalado anteriormente, se a Constituição da República de 1988 como norma básica de constituição e definição do Estado brasileiro, afirma expressamente que o Brasil é um Estado Democrático e Social de Direito e Justiça. Destarte, sua legitimidade como tal passa pelo reconhecimento expresso dos direitos fundamentais assim como pela criação das condições para que nos organismos e instâncias requeridas seja possível consolidar a efetiva materialização de tais direitos. O avanço alcançado pela teoria do direito e em particular pelo constitucionalismo substancial e dentro deste pela doutrina dos direitos fundamentais, se convertem primordialmente na exigência de se desenvolver tais possibilidades.

No desenho do Estatuto da Criança e do Adolescente como instrumento normativo especial da área de crianças e adolescentes, pode palpar-se com clara evidência em que consiste a limitação do exercício do poder do Estado, bem como a materialização do princípio democrático por meio da participação direta da sociedade e das crianças e dos adolescentes nas medidas e decisões que se precisem tomar em relação a eles. Fenômenos como este são próprios das democracias pluralistas nas quais o processo de formação da vontade política não se circunscreve aos distintos poderes públicos, mas que se estendem a uma rede social na qual operam diferentes grupos da sociedade civil condicionando de alguma maneira as decisões a serem tomadas.

Nos Estados Democráticos e Sociais de Direito e Justiça como o brasileiro, não apenas se institucionalizam formas especiais de justiça política que resolvem conflitos de atribuição entre os distintos ramos do poder público, como também se equilibram as decisões legislativas com os valores estabelecidos na Constituição. Isto pode ser percebido sem reserva no tenaz processo de criação e desenho do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual foi exposto numa sucinta relação dos fatos que lhe deram lugar.

Nesta ordem de ideias, pode-se destacar que o articulado no Estatuto da Criança e do Adolescente ao mesmo tempo em que desenvolveu princípios constitucionais e princípios normativos internacionais, e pelo fato de constituir em si mesmo uma ruptura em relação ao velho modelo da situação irregular, desenvolveu os princípios sobre os quais estrutura dito modelo e que lidos de forma integral é conhecido pelo nome de “doutrina da proteção integral”, a saber: o princípio da criança e do adolescente como sujeitos de direitos; o princípio de interesse superior da criança; o princípio da prioridade absoluta; o princípio da participação e o princípio do papel fundamental da família (NOGUEIRA, 1996, p. 15-16).

A sua vez, essas normas fundamentais são o desenvolvimento dos princípios consagrados na Declaração Internacional dos Direitos das Crianças de 1959, na qual são reconhecidos direitos fundamentais que podem ser agrupados em quatro categorias, cada uma delas contendo os direitos singulares que lhes são conceituadamente pertinentes: direito de sobrevivência; direito ao desenvolvimento, direito à proteção e direito à participação.

Feitos esses apontamentos é pertinente regressar ao ponto inicial no qual foram formuladas algumas interrogantes na ideia de procurar uma abordagem sobre a essência do fundamento da Teoria da Proteção Integral.

A proteção integral abrange o conjunto de ações, políticas, planejamentos, projetos e programas que, com prioridade absoluta, são ditados e executados pelo estado, com a participa-

ção e solidariedade da família e da sociedade, para garantir que todas as crianças e adolescentes gozem, de modo efetivo e sem discriminação, dos direitos fundamentais à sobrevivência, ao desenvolvimento e à participação, ao tempo que atende às situações especiais e que se encontram as crianças e adolescentes individualmente considerados, ou determinado grupo de crianças e de adolescentes cujos direitos foram vulnerados⁵.

A Doutrina da Proteção Integral se constitui em três bases fundamentais: a) primeiro a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, o que significa que são sujeitos titulares das exigências positivas ou negativas, vale dizer, de direitos e obrigações; são sujeitos plenos de direitos, como todos os demais membros da sociedade; b) em segundo lugar o direito à proteção especial, já que por meio da Doutrina da Proteção Integral, de modo genérico se engloba todas as dimensões da vida e desenvolvimento das crianças e adolescentes; e c) em terceiro lugar o direito a condições de vida que permite o desenvolvimento integral através da construção do conceito de cidadania, dando a titularidade de todos os direitos fundamentais a todos, sem restrições.

Portanto, a proteção integral se traduz numa série instrumentos jurídicos cujo fim essencial não é mais do que proteger e garantir a proteção das crianças e dos adolescentes, em todas as suas áreas de desenvolvimento, tratando alcançar uma engrenagem do que é a família, o Estado e a comunidade, para que os direitos dessas pessoas em desenvolvimento sejam garantidos e respeitados.

Esses conceitos resultam uma série de instrumentos internacionais que serviram de base para unificar critérios e tomar o melhor de cada um para obter um ótimo resultado quanto à definição de proteção integral de crianças e adolescentes, ou pelo menos ter um entendimento mínimo do que se queria prever como proteção integral. Entre estes instrumentos destacam-se os seguintes:

a) a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, que consagra a necessidade de proporcionar às crianças uma proteção especial;

b) a Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989, cujo artigo 1º diz que “nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos [...]”, reconhece a esses indivíduos todos os direitos que se consagram nos pactos internacionais de direitos humanos sem nenhum tipo de discriminação;

c) as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing) de 1985, que contêm orientações básicas com o objetivo de prevenir delitos, assim como as regras para processar menores de idade que incorram em delitos;

5 “El conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta, se dictan y ejecutan desde el Estado, con la participación y solidaridad de la familia y la sociedad, para garantizar que todos los niños y niñas gocen, de manera efectiva y sin discriminación, de los Derechos Humanos a la supervivencia, al desarrollo y a la participación, al tiempo que atiende las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinados grupos de niños que han sido vulnerados en sus derechos” (VALERA, 2014, p. 84).

d) as Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção de Menores Privados da sua Liberdade de 1990 (Regras de Riyadh Guidelines) que se embasa em: estabelecer normas mínimas aceitas pelas Nações Unidas para a proteção dos menores privados de liberdade em todas suas formas de maneira compatível com os direitos humanos e liberdades fundamentais, para neutralizar os efeitos prejudiciais de todo tipo de detenção e fomentar a integração na sociedade;

e) a Recomendação nº 146 da Organização Internacional do Trabalho relativa à Idade Mínima de Admissão ao Emprego e a Convenção nº 138 da Organização Internacional do Trabalho sobre a Idade Mínima de Admissão ao Emprego; e

f) a Carta da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO sobre a educação para todos de 1978.

Não parece lógico identificar ou equiparar desde a perspectiva conceitual a Doutrina de Proteção Integral com os princípios que a sustentam, levando-se em conta que os princípios, sendo entendidos como as diretrizes que marcam o norte que se deve seguir na valoração, interpretação e aplicação das normas particulares, servem para mostrar o substrato sobre o que se apoia o fundamento último ou a razão de ser da Doutrina da Proteção Integral, mas não se identificam qualitativamente com ela, porque o princípio é a forma na qual a filosofia do pensamento da Doutrina da Proteção Integral se expressa. Essa acepção decorre do conceito de princípio, de que não se trata de uma norma, mas do seu fundamento, permitindo a compreensão e projeção em toda sua dimensão.

Assim, não é possível equiparar a Doutrina da Proteção Integral com os princípios que a constituem, já que estes não são senão o veículo pelo qual se concretiza no mundo normativo, vale dizer, a forma que adota para se mostrar e se apresentar diante dos destinatários da norma.

Para reafirmar esta ideia vale um exercício mental onde se supõe que se agregam um par de princípios mais aos que já existem no Estatuto da Criança e do Adolescente. Pode-se perceber que não se produzem modificações nos fundamentos da Doutrina da Proteção Integral. Identificar princípios da Doutrina da Proteção integral significa, por exemplo, identificar direitos fundamentais do ser humano com ser humano, o que não é viável desde o ponto de vista lógico. Assim, forma de expressão com a matéria expressada não tem identidade lógica porque a primeira atende à forma e a segunda ao conteúdo. Na definição de Antônio Carlos Gomes Costa (1991, p. 14):

Essa doutrina (proteção integral) afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadores da continuidade do seu povo, da sua família e da espécie humana e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e os adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar por meio de políticas específicas para o atendimento, a promoção e a defesa de seus direitos.

É preciso destacar que o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, ao lado do tratamento especial normativo como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento “implica a compreensão de que a expressão de todo o seu potencial quando pessoas adultas, maduras, tem como precondição absoluta o atendimento de suas necessidades enquanto pessoas em desenvolvimento” (SANTOS, 2007, p. 130).

Foi no intento de regularizar os princípios constitucionais de proteção à criança e ao adolescente, instituiu-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo primeiro passo para vencer os obstáculos do preconceito gerado em torno da criança e do adolescente, foi o desaparecimento da figura do menor, expressão estigmatizada, passando-se a tratar esses indivíduos como sujeitos de direitos, protegidos juridicamente, devendo ter os mesmos direitos dos adultos e que sejam aplicáveis à sua idade, e ainda, contando com direitos especiais advindos da sua condição específica de pessoa em fase de desenvolvimento.

O estatuto da Criança e do Adolescente foi constituído com o objetivo maior de instrumentalizar direitos e garantias constitucionais, surgindo para ser instrumento de garantia da satisfação das necessidades das crianças e adolescentes, assegurando o cumprimento dos seus direitos à proteção integral. Para tanto, introduziu instrumentos modernos de transformação sociocultural, corporificando-se como legislação especial que traz avanços jurídicos de ampla magnitude, além de estabelecer direitos e deveres, inerentes ao conceito de “sujeitos de direitos”. Dentre os avanços alcançados destacam-se a participação social, municipalização do atendimento, prevenção e proteção especial, entre outras inovações, como forma de melhoria das condições de vida dos segmentos infanto-juvenis.

Como a história da infância brasileira revela abandono físico, moral, material, maus-tratos, castigos, segregação e exclusão, evidenciando negligência, discriminação, crueldade, opressão, exploração e violência, principalmente nos segmentos mais pobres, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao entrar em vigor no início da década de noventa, encontrou um país que apresentava desacertos estruturais a que a sociedade brasileira estava exposta, frutos de um ambiente social desigual e injusto, além de uma roupagem de benevolência/favor no atendimento a crianças e adolescentes.

Rompendo com vetustas praxes assistencialistas, o legislador conferiu no artigo 227 da Constituição da República de 1988, e no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, prioridade absoluta no acesso à saúde, alimentação, educação, cultura e ao lazer, bem como na preservação da dignidade, liberdade e respeito à convivência familiar e comunitária, sinalizando como indispensável, imperiosa e imediata à mudança de paradigma na atenção às crianças e aos adolescentes brasileiros.

A adoção da Doutrina da Proteção Integral pela Constituição da República de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente teve como base os instrumentos internacionais que serviram de fonte na mudança de visão da legislação interna brasileira a qual garante a todas as crianças e adolescentes o pelo gozo de seus direitos.

Finalmente para mostrar a pertinência do que se vem apontando no desenvolvimento deste texto, limita-se à harmonia conceitual dos textos normativos aos quais se fez referência,

a saber: Convenção Internacional dos Direitos da Criança, Constituição da República de 1988 e Estatuto da Criança e do Adolescente: o princípio da criança e do adolescente como sujeitos de direitos; o princípio da prioridade absoluta; o princípio da participação da sociedade e o princípio do papel fundamental da família. Mais especificamente, discorre-se sobre o princípio da pessoa em desenvolvimento, já que o objetivo deste texto é verificar se a prática da Doutrina da Proteção Integral no Brasil leva em conta, efetivamente, as questões relacionadas às necessidades vitais e humanas de um ser em peculiar condição de desenvolvimento.

4 PRINCÍPIO DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO

Os direitos humanos são hoje reconhecidos como o conteúdo essencial, a substância do sistema democrático. Funcionam como fundamento de um complexo sistema de promoção e garantia do desenvolvimento de todas as pessoas, sem discriminação. Os direitos humanos orientam e limitam o Estado e seus órgãos, impondo-lhes deveres e definindo objetivos a serem realizados.

A necessidade de ampliar ao máximo a garantia desses direitos e a existência de grupos que, apesar da generalidade dos instrumentos, continuam fora desta evolução, fizeram com que novos acordos especificamente a tais áreas ou grupos fossem firmados. Foi assim que aconteceu com as crianças e adolescentes, que mesmo nunca terem sido excluídos dos instrumentos gerais de direitos humanos, na verdade sua proteção nunca foi efetivamente alcançada.

É por isso que a par da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 surge a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente de 1989, instrumento destinado à não discriminação, à reafirmação do reconhecimento das crianças e dos adolescentes como pessoas humanas, em toda a acepção e sem limitações, e responde à necessidade de contar com instrumentos jurídicos idôneos para proteger seus direitos, com base no entendimento de que a criança e o adolescente precisam de proteção ampla e integral.

Entende-se por Doutrina da Proteção Integral o conjunto de ideias filosóficas, éticas, jurídicas e políticas, que determinam como se deve compreender, assumir, reconhecer e garantir os direitos das crianças e dos adolescentes. Concebe as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos, com capacidades e portadores da necessidade de respeito especial à condição de pessoas em desenvolvimento e que possuem uma percepção autônoma das próprias necessidades e situações que os rodeiam. São sujeitos, porque são seres humanos com idêntica ou maior integridade e dignidade que os adultos. São capazes, pois, em função de seu desenvolvimento e maturidade já podem tomar decisões. São detentores de necessidade de respeito especial, eis que sua condição de seres humanos em desenvolvimento requer atenção prioritária e específica. Possuem uma percepção autônoma de suas necessidades e situação, já que compreendem e conhecem o meio onde vivem.

Portanto, além dos direitos fundamentais de todo ser humano, as crianças são detentoras de direitos próprios e especiais, por se tratar de uma fase peculiar da vida, onde o desenvolvimento físico e psíquico é imensamente mais significativo se comparado com as demais fases da vida humana.

Como sujeitos de direitos, ao invés de meros objetos de proteção como acontecia no passado, as crianças e os adolescentes contemporâneos “além de serem titulares das garantias expressas a todos os brasileiros, também ostentam direitos especiais, como é o direito de brincar”, por exemplo (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2003, p. 45).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, logo em seus primeiros artigos já dispõe sobre a atenção integral à criança e ao adolescente, levando em conta “a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” (artigo 6º, parte final, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Desse modo, todas as crianças (pessoas até doze anos de idade incompletos) e adolescentes (indivíduos de doze a dezoito anos de idade)⁶, gozam dos direitos fundamentais inerentes a qualquer ser humano, bem como de “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” (artigo 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Mais adiante, agora no capítulo segundo, do título II, artigos 15 a 18, o Estatuto da Criança e do Adolescente protege integralmente o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade das crianças e dos adolescentes como seres humanos “em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis” (artigo 15, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Ainda em conformidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente, no capítulo terceiro do título II, artigos 19 ao 52-D, é dever da família, da comunidade e da sociedade em geral, bem como do poder público, assegurar e garantir, prioridade absoluta à “efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente). A referida norma também garante proteção integral ao direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer (título II, capítulo IV, artigos 53 a 59).

Já no capítulo V, do título II, artigos 60 a 69, o Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe todo tipo de trabalho a menores de quatorze anos de idade, exceto na condição de aprendiz. Ao adolescente, por sua vez, assegura o direito à profissionalização e à proteção no trabalho, observados, dentre outros aspectos, o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

O título III, quando aborda a prevenção, artigos 70 a 85, determina que é dever de todos (família, comunidade, Estado) prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente, garantindo o direito à informação, à cultura, ao lazer, aos esportes, às diversões, aos espetáculos e aos produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

6 Artigo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na parte especial, ao dispor sobre “política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente”, artigos 86 a 97, o Estatuto da Criança e do Adolescente afirma que esta será realizada por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a fim de proteger integralmente os direitos das crianças e dos adolescentes.

Quanto às medidas de proteção à criança e ao adolescente, artigos 98 a 102, aplicam-se toda vez que direitos forem ameaçados ou violados: por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; ou em razão de sua conduta (artigo 98, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Nas circunstâncias definidas no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, as medidas de proteção têm como destinatários as crianças e adolescentes.

Essas medidas de proteção podem ser aplicadas, além das circunstâncias citadas no texto da lei, a adolescentes infratores. Em reação à prática de ato infracional, artigos 103-109, assim definida a conduta descrita como crime ou contravenção penal (artigo 103, do Estatuto da Criança e do Adolescente), nenhum adolescente poderá ser privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (direitos individuais); e nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal (garantias processuais).

A respeito das medidas socioeducativas, artigos 112 a 125, a condição do adolescente como pessoa em desenvolvimento deve ser considerada para limitar, garantir e adequar a resposta penal à fase em desenvolvimento dos mesmos. Isso implica reduzir a sanção como uma resposta automática frente à comissão de um ilícito equiparado a penal e introduzir critérios e medidas que avaliem tanto a gravidade do fato quanto as condições pessoais, familiares e sociais dos adolescentes. Por exemplo, o artigo 100 assegura que “na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”.

Destaca-se que as medidas socioeducativas são aquelas atividades impostas aos adolescentes infratores, destinadas à formação do tratamento tutelar empreendido com a finalidade de reestruturar o adolescente para atingir a normalidade da integração social na forma do artigo 12, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷ e só poderão ser aplicadas depois de apurada a responsabilidade pelo devido processo legal, respeitados os direitos individuais (artigos 106 a 109) e as garantias processuais (artigos 110 e 111).

Nas explicações de Mario Volpi e João Batista C. Saraiva (1998, p. 16), “o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê e sanciona medidas socioeducativas e medidas de proteção

⁷ “Artigo 112: verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no artigo 101, incisos I a VI. Parágrafo 1º: a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. Parágrafo 2º: em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado. Parágrafo 3º: os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições”.

eficazes”, além de reconhecer “a necessidade de privação provisória de liberdade ao infrator, inclusive ao não sentenciado em caráter cautelar e oferece alternativas de responsabilização, cuja mais grave impõe o internamento sem atividades externas”. Porém, apesar da responsabilização legal, não se realiza como punição, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente foi instituído para enfatizar a situação de pessoas em desenvolvimento e dar-lhes o *status* de sujeitos de direito, projetando, para tal fim, a proposta da responsabilização social. Nesse sentido assim se manifestaram Josiane Rose Petry Veronese e Fernanda da Silva Lima (2009, p. 34).

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi criado para dar maior ênfase à situação da criança e do adolescente e dar-lhes o status de sujeitos de direito. Para tal fim, se projeta com uma proposta insurgente: a responsabilização social. Assim, para atos infracionais cometidos por menores de dezoito anos, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê medidas socioeducativas que são dispostas em grau de severidade, no seu artigo 112, dependendo, para a aplicação de cada medida, de algumas questões fundamentais que são: a capacidade do adolescente em cumprir determinada medida, as circunstâncias que sucedeu o suposto ato infracional e a gravidade deste último.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tratou de impor limites às condutas dos adolescentes. Desse modo, quando um adolescente pratica uma infração e esta prática for comprovada, através do devido processo legal e todas as suas garantias, que se trata de uma conduta antijurídica, adolescente, como sujeito de direito, deverá ser responsabilizado e sofrer uma medida socioeducativa que pode ser desde restritiva de direitos até privativa de liberdade, dependendo da gravidade do ato e de eventual reincidência. A responsabilização do adolescente infrator também pode ser fundamentada pelo princípio da reciprocidade:

Ao invés da mera punição ou compaixão paternalista, que desumanizam ainda mais o jovem infrator, negando-lhes acesso aos elementos constitutivos da cidadania, o sistema de responsabilização deve favorecer a constituição de seres morais, ou seja, de indivíduos capazes de compreender que o convívio em comunidade exige o respeito das esferas de dignidade dos demais, e para isso sua esfera de dignidade deve ser respeitada. A responsabilização e punição dos adolescentes infratores é, nesse sentido, não um direito dos adultos e do Estado, mas um dever. Um dever em relação aos próprios infratores. Assim, a responsabilização legal se torna um dever do Estado de buscar, por intermédio da aplicação da lei, possibilitar ao adolescente o desenvolvimento de um superego capaz de reprimir os impulsos de destruição e inseri-la num convívio social pacífico (PEREIRA, 1996, p. 540).

Assim sendo, o adolescente infrator, como sujeito de direitos e de obrigações, tem que ser devidamente amparado e tutelado pelas garantias constitucionais do artigo 5º da Constituição da República de 1988, a exemplo do devido processo legal, do inciso LIV; a ampla defesa e o contraditório, do inciso LV; a presunção de inocência, do inciso LVII; dentre outras. Tratam-se de princípios constitucionais que asseguram aos adolescentes infratores a condição de sujeitos de direitos e obrigações, significando que se forem levados ao Poder Judiciário, devem receber todas as garantias do artigo 227, parágrafo 3º, inciso IV, da Constituição da República de 1988: “garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica”. Portanto, é para responsabilizar e garantir direitos aos adolescentes infratores que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, nos artigos 112 a 128, medidas socioeducativas.

O legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente, direcionando-o à formação do tratamento tutelar para reestruturação do adolescente infrator, não economizou métodos pedagógicos, sociais, psicológicos e psiquiátricos, tendo como fundamento a especialidade que revestem estes indivíduos, mormente no que se relaciona à formação da personalidade do futuro adulto, visando especialmente sua reintegração à própria família e à sociedade onde vive.

Uma das características mais importantes do estatuto da Criança e do Adolescente é sua integralidade, no sentido de abarcar todas as dimensões da vida e desenvolvimento das crianças e dos adolescentes. No âmbito do estritamente jurídico, contém um conjunto de disposições destinadas a reconhecer e garantir os direitos desses indivíduos à sobrevivência, ao completo desenvolvimento, à proteção e à participação, direitos esses integrados entre si, à Constituição da República de 1988 e à normativa internacional.

A amplitude de suas disposições permite assinalar que o estatuto da Criança e do Adolescente constitui verdadeiro programa de ação, destinado a proteger o desenvolvimento integral pelo desfrute dos direitos que reconhece. Estes direitos são estritamente interdependentes, exigindo-se a satisfação conjunta à consecução efetiva do desenvolvimento. Essa interdependência impõe uma proteção integral dos direitos das crianças e dos adolescentes, devendo-se avaliar qualquer situação vulneração, ameaça ou restrição de direitos, na perspectiva dos efeitos que produzem sobre o conjunto de direitos protegidos.

Do caráter integral e interdependente dos direitos consagrados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, à Luz da Constituição da República de 1988 e da Convenção dos Direitos das Crianças de 1989, é que surge a necessidade de uma proteção integral, que é a aspiração fundamental.

Outra característica de destaque quanto ao enfoque dos direitos humanos aplicado à infância é constituir uma nova concepção de criança e de adolescente e suas relações com a família, a comunidade e o Estado. Esta nova concepção se embasa no reconhecimento expresso da criança e do adolescente como sujeito de direitos, em oposição à ideia antes predominante de que esses indivíduos seriam definidos a partir de sua incapacidade jurídica. Na concepção atual, ser criança e adolescente não é ser menos adulto, ou seja, não significa apenas uma etapa de preparação para a vida adulta, mas são formas de ser pessoa e ter igual valor que qualquer outra etapa da vida. Também não pode ser conceituada como uma fase da vida definida a partir das

ideias de dependência ou subordinação aos pais ou outro adulto, ao contrário, é definida como um período de desenvolvimento efetivo e progressivo da autonomia, pessoal, social e jurídica.

Significa dizer, em essência, que o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes exige uma proteção social e jurídica, igualitária, ampla, plena e efetiva, que garanta a autonomia desses indivíduos no exercício dos direitos. A esta proteção estão especialmente obrigados os pais ou responsáveis e o Estado, mas, em última instância, à sociedade como um todo.

5 DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E SUA APLICAÇÃO

Nesse momento da pesquisa se faz uma reflexão jurídica sobre proteção integral das crianças e dos adolescentes na prática brasileira. O objetivo será de conceituação, o mais ampla possível e profunda, em razão de decisões judiciais, em várias Instâncias e Tribunais onde é utilizada a Doutrina da Proteção Integral na forma adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas que acabam atingindo negativamente essas pessoas, além de imprimirem marcas e sequelas em seu desenvolvimento.

A adoção da Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente pela ordem jurídica brasileira significa um marco histórico transformador quanto aos cuidados com essas pessoas em pleno processo de desenvolvimento físico e mental.

Essa Doutrina da Proteção Integral exerce função organizatória e estruturante do sistema de direitos que define, pois reconhece por meio do conceito de integralidade, os direitos específicos que derivam da condição peculiar das crianças e dos adolescentes enquanto seres humanos em desenvolvimento, que se produzem, reproduzem e articulam de forma recíproca (CUSTÓDIO, 2008, p. 32).

O principal objetivo da Doutrina da Proteção Integral é suprimir a regra de que a criança e o adolescente, para merecer a proteção jurídica, deve ter praticado ato contrário ao disposto na lei, praticado algum desvio de conduta. O Estatuto da Criança e do Adolescente vem solidificar o compromisso com essas pessoas que representem o futuro do país de lhes assegurar todos os meios para que possam desfrutar de melhor qualidade de vida, principalmente no que diz respeito aos direitos próprios e especiais de sujeitos de direitos em desenvolvimento. Foi editado justamente para proporcionar condições e direitos propendendo à satisfação das necessidades desses indivíduos, oferecendo-lhes, inclusive, instrumento processual para o cumprimento desses direitos especiais e específicos pela sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

O devido conhecimento que permite a melhor interpretação dos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente é instrumento plausível de transformação sociocultural, levando-se em conta que seu texto desenha um sistema jurídico de tutela integral dos direitos das crianças e dos adolescentes, com base nos seus princípios norteadores, a saber: o princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes e o princípio da prioridade absoluta dessas pessoas em desenvolvimento.

Pelo princípio do melhor interesse, todas as condutas e ações dos adultos em relação às crianças e adolescentes devem ser tomadas levando-se em conta o que for melhor para eles. Isso não significa que as vontades dessas pessoas especiais em desenvolvimento devem sempre ser realizadas, mas que devem ser priorizado tudo aquilo que atender melhor aos seus interesses reais.

O princípio da prioridade absoluta, ao seu turno, quer dizer que cada ato direcionado a crianças e adolescentes deve ser estudado e analisado para que esteja em harmonia com o disposto no artigo 227 da Constituição da República de 1988, na medida em que a criança e o adolescente têm prioridade absoluta em seus cuidados.

Ao tratar do assunto Antônio Carlos Gomes da Costa (*apud* VILAS-BÔAS, 2011, p. 01), explica que a implantação do microssistema do Estatuto da Criança e do Adolescente depende de três mudanças básicas: adequação normativa dos Estados e Municípios aos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente quanto aos conselhos tutelares e ao direcionamento de fundos às ações voltadas à implementação de sua normativa; ordenação das instituições para que o sistema de proteção integral apresentado pelo Estatuto da Criança e Adolescente seja realizado em todos os seus sentidos, incluindo as Fundações Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente, o Poder Judiciário, as famílias, as escolas, enfim, todas as instituições que tratam com crianças e/ou adolescentes; e otimizar as formas de atenção direta às crianças e adolescentes, especialmente a capacitação de profissionais para que rompam, na prática, com a cultura assistencialista, corretiva e repressora.

O problema é que até mesmo o Poder Judiciário, no momento de dar vida ao microssistema do Estatuto da Criança e do Adolescente, acaba por repetir erros do passado ao invés de realizar a doutrina da proteção integral e contribuir com as transformações no modo de compreender o papel das crianças e adolescentes na evolução da sociedade e no funcionamento das instituições criadas para protegê-las e promovê-las em relação ao futuro.

O caminho mais indicado para frear o crescimento assustador de adolescentes em conflitos com a lei é a educação. Foi com base nessa constatação de verificação mundial que o Estatuto da Criança e do Adolescente criou as medidas socioeducativas, que poderão ser aplicadas pela autoridade competente ao adolescente na situação de prática de ato infracional. Essa opção do legislador brasileiro decorre da comprovação de que a reintegração social de adolescentes infratores depende do emprego de medidas socioeducativas que lhes garantam, na prática, a realização de um planejamento pessoal que o recoloca nos trilhos da convivência social saudável, afastando-o do submundo da criminalidade.

Outra situação que a prática vem comprovando é a de que o Brasil gasta em média dez vezes mais com a internação de um adolescente infrator em estabelecimento educacional do que com um aluno em sala de aula⁸. Para piorar a situação estudos indicam que mais da metade dos jovens infratores que cumpriram a medida socioeducativa de internação em estabelecimento

8 Por exemplo, em Minas Gerais “enquanto para cada estudante o Estado desembolsa cerca de R\$ 4.400 por ano, aproximadamente R\$ 366 por mês, os jovens que cometeram atos ilícitos custam R\$ 8.000 por mês, ou R\$ 96 mil por ano” (O TEMPO, 2016).

educacional volta a cometer crimes⁹. O altíssimo índice de reincidência demonstra que, apesar dos investimentos bastante significativos no Brasil com medidas socioeducacionais, por algum motivo acabam aplicadas de forma inadequada e ineficiente (USP, 2014). De fato, as “casas de internação” mais parecem com presídios de adultos que com estabelecimento educacional com o oferecimento de acompanhamento de saúde psíquica e física, escolar, de trabalho, de lazer, enfim de qualidade de vida necessária às pessoas em processo natural de desenvolvimento.

Como se trata de pessoas em desenvolvimento, especialmente no caso de medida socioeducativa de internação em estabelecimento educacional, o Estado tem o dever de fornecer assistência médica, alimentar, emprego, atividades físicas, lazer e educação de qualidade, que são condições que comprovadamente aumentam significativamente as chances de ressocialização desses jovens e, como consequência, reduzem gradativamente os índices de criminalidade e violência envolvendo adolescentes no Brasil e, inclusive, diminuem a criminalidade na fase adulta.

Não tem como falar em medida socioeducativa de adolescentes dissociada do preparo ao exercício da cidadania e, especialmente, do seu desenvolvimento psicológico e social, além, é claro, de formá-lo para se tornar um profissional capaz de garantir sua própria autossuficiência quando adulto. O problema é que na prática da realidade brasileira a medida socioeducativa parece atender apenas sua função secundária, que é a punitiva, que afastada da realização completa do conceito de medida socioeducativa acaba apenas prejudicando a vida do adolescente infrator, afastando-o da vida social e, especialmente, da convivência em família.

O que vem acontecendo é que quando um adolescente infrator cumpre alguma medida autoeducativa, especialmente de internação, quando volta ao convívio social, especialmente se for de família pobre, é excluído, diminuindo muito suas chances de inserção no mercado de trabalho. As consequências dessa condenação eterna da sociedade ao adolescente, pessoa em especial processo de formação de sua personalidade, são de difícil reparação, pois afetam seu equilíbrio emocional, minam as possibilidades de uma vida digna, o empurram para a criminalidade como única saída, sem falar na vulnerabilidade às drogas e às doenças psicossociais.

Na reintegração social de adolescentes internados, a família e a sociedade desempenham função primordial. O afastamento do jovem do convívio de familiares e amigos é traumático e seu reingresso pode ser ainda mais nefasto, pois pode se sentir excluído até mesmo dentro de casa. Essa fragilidade pode incentivar seu reingresso ao convívio com antigos amigos delinquentes. A ressocialização de jovens no Brasil é bastante difícil, e as estatísticas mostram isso, e o maior entrave é a inadequação dos serviços oferecidos pelo Estado. As medidas socioeducativas elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente são suficientemente eficientes, desde que aplicadas da forma correta. O problema é que na prática poucas dessas medidas conseguem ser realizadas de forma a atingir a finalidade de reintegração social do adolescente infrator. Se no modelo teórico funciona, na prática, sem a atenção necessária, a privação de liberdade é hoje a pior opção no combate à criminalidade entre adolescentes no Brasil.

9 Segundo a Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente da Secretaria de Direitos Humanos - SDH, cerca de 70% desses jovens tornam-se reincidentes - voltam a praticar crimes quando deixam as unidades de internação (ARAÚJO, 2011).

Existem estudos cabais demonstrando que ações na área da educação muito eficazes no fortalecimento de adolescentes para que se mantenham longe do assédio do crime. Os jovens precisam se sentir valorizados como peças importantes na construção da sociedade e não serem vistos como potenciais criminosos, cuja simples existência coloca a sociedade em risco. De fato, as medidas socioeducativas que afastam o adolescente do convívio social produzem como efeito o contrário da reinserção, eis que acabam implementando a exclusão social e fomentando a prática de condutas conflitantes com a lei. É preciso romper com a eficácia ao reverso das medidas socioeducativas, especialmente aquelas que restringem o direito à liberdade de ir e vir dos adolescentes, de contribuir com o aumento da reincidência infracional entre adolescentes e jovens adultos.

Mudaram-se as nomenclaturas, mas as práticas seguem as mesmas da época da vigência da Doutrina da Situação Irregular. A Doutrina da Proteção Integral não consegue produzir efeito no mundo dos fatos se o adolescente infrator for colocado em ambientes similares aos presídios de adultos, sem nenhum tipo de acompanhamento especial no sentido pedagógico, profissionalizante, levando-se em conta que se trata de uma pessoa vulnerável em todos os sentidos, em plena formação física, psicológica e emocional, e que alguns meses fora da escola ou do convívio familiar podem trazer prejuízos imensuráveis à sua vida futura, além de obstar o interesse em novas perspectivas de vida, direcionando suas atenções e energias ao aperfeiçoamento das práticas infracionais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente existe desde 1990 e o que se percebe é um aumento dos índices de reincidência. A par disso parece que nada vem sendo feito no sentido de reverter esse quadro. No máximo, de tempos em tempos, volta ao centro das discussões à redução da maioridade penal, justamente na contramão dos estudos e estatísticas.

Cabe ao Estado garantir a toda criança e adolescente o acesso à educação de qualidade, e não existe nenhuma medida socioeducativa que retire do adolescente esse direito, independentemente de ter ou não cometido algum ato infracional. Além disso, por se tratar de pessoas em desenvolvimento, cabe também ao Estado proporcionar apoio moral tanto ao adolescente quanto à sua família. Por fim, é de responsabilidade do Estado-Juiz o reconhecimento das peculiaridades de cada caso envolvendo adolescentes infratores, no sentido de dar a melhor solução possível no interesse dessas pessoas em desenvolvimento, tendo como finalidade a realização da justiça, a reintegração saudável e a conseqüente pacificação social.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça concedeu habeas corpus a adolescente que teve a internação decretada em razão da prática de ato equiparado a roubo qualificado, por entender que a gravidade abstrata da conduta não autoriza o decreto da medida excepcional, devendo cada caso ser analisado de acordo com suas peculiaridades:

Ementa: Habeas Corpus. Estatuto da criança e do adolescente. Ato infracional análogo ao crime de roubo circunstanciado. Aplicação da medida de internação por prazo indeterminado. Gravidade da conduta. Excepcionalidade não configurada. Ordem concedida. 1. A medida mais gravosa é cabível, desde o início, quando há fundamentação adequada a demonstrar a imprescindibilidade da providência cominada à recu-

peração do adolescente, considerando-se, para tanto, as suas condições pessoais e as circunstâncias do caso concreto. 2. Na hipótese, a segregação do menor foi aplicada em razão da gravidade inerente a infração praticada, sem contudo analisar as peculiaridades do caso concreto, não se verificando a excepcionalidade da situação versada a fim de justificar a providência adotada. 3. Ordem concedida para reformar o aresto impugnado e a decisão de primeiro grau tão somente no tocante à medida aplicada, determinando-se que outra seja impingida, autorizando-se o paciente a aguardar em liberdade assistida o novo *decisum*, se por outro motivo não estiver internado (STJ, HC 150035/PE, 2010).

A par da não verificação das peculiaridades de cada caso, especialmente quanto à imperiosidade da medida socioeducativa excepcional de internação em estabelecimento educacional, algumas decisões judiciais acabam não levando em conta o local, eu nem sempre é apropriado à execução da medida socioeducativa, bem como a situação de pessoa em desenvolvimento.

Numa decisão emitida em 2011, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a impossibilidade do cumprimento de medidas socioeducativas privativas de liberdade em estabelecimento prisional, como havia determinado o Tribunal *a quo* (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais), que havia denegado a ordem quanto à transferência do adolescente para estabelecimento compatível com sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, sob a justificativa de que “o cumprimento de medida socioeducativa em estabelecimento destinado a maiores, porém em cela separada destes, é aceitável quando não há outro lugar adequado”:

Ementa: *Habeas Corpus*. Atos infracionais análogos ao roubo majorado. Internação em cadeia pública. Constrangimento ilegal. Inocorrência desde que o paciente permaneça isolado dos demais presos maiores. Denegação. I. Tendo sido prolatada a sentença impondo medida socioeducativa, e inexistindo estabelecimento adequado ao cumprimento da internação, o paciente deverá cumprir a medida na cadeia pública local, isolado dos demais presos, até que seja disponibilizada vaga em local apropriado. II. Ordem denegada (TJMG, HC nº 1.0000.09.510787-6/000, 2010).

Essa decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais é claramente afrontosa aos princípios que regem o Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial à Doutrina da Proteção Integral, tanto que foi revisada e reformada pelo Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: *Habeas Corpus*. Penal. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas. Medida socioeducativa de semiliberdade cumprida em estabelecimento prisional. Inadmissibilidade. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida. 1. O cumprimento de medida socioeducativa em estabelecimento prisional, ainda que em local separado dos maiores de idade condenados, contraria o artigo 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que expressamente determina que: “a internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração”. Precedentes. 2. Ordem concedida para determinar que o Paciente aguarde em medida socioeducativa de liberdade assistida o surgimento de vaga em estabelecimento próprio para menores infratores, compatível com o cumprimento da medida socioeducativa de semiliberdade que lhe foi imposta (STJ, HC 180595/MG, 2011).

De fato, o *caput* do artigo 123, do Estatuto da Criança e do Adolescente, diz que “a internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração”, acrescentando, em seu parágrafo único, que “durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas”, ou seja, o cumprimento de medida socioeducativa de internação deve ser em estabelecimento próprio, sempre respeitando as condições peculiares do adolescente infrator.

O máximo que pode acontecer é que, na impossibilidade de pronta transferência para estabelecimento específico, o adolescente aguarde sua remoção em repartição policial, desde que em seção isolada dos adultos e com instalações apropriadas, e por tempo não superior a cinco dias (parágrafo 2º do artigo 185 do Estatuto da Criança e do Adolescente). A seguinte interpretação do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná foi condizente com o texto do referido parágrafo 2º do artigo 185 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Ementa: *Habeas Corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional correspondente ao delito de latrocínio. Medida socioeducativa de internação. Paciente sentenciado, aguardando vaga em estabelecimento inadequado, custodiado no minipresídio de Apucarana, sem o tratamento adequado. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. Viola o artigo 185, parágrafo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente e caracteriza constrangimento ilegal a manutenção de adolescente apreendido em estabelecimento inadequado (no caso, instituição penitenciária) por prazo superior a cinco dias, por falta de vagas em instituição destinada a menores e condizente para o cumprimento da medida sócio-educativa de internação aplicada em sentença (TJPR, HC 0562306-3, 2009).

Portanto, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná reconheceu de maneira expressa a impossibilidade do cumprimento da medida em estabelecimento prisional, onde o adolescente pode permanecer por, no máximo, cinco dias.

Já a Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou medida socioeducativa de internação por tempo indeterminado de um jovem infrator que, segundo o parecer médico elaborado após avaliação psiquiátrica, apresentava sinais de desenvolvimento mental retardado, porém, na interpretação judicial, a deficiência seria de grau leve, não impedindo o adolescente de assimilar a medida socioeducativa e que não existe, no caso, ilegalidade na manutenção da internação, vislumbrando a necessidade de segregação do adolescente que apesar de sua condição psíquica, cometeu um ato infracional extremamente grave. Ademais, entendeu o julgador que não havia nada nos autos que demonstrasse que o adolescente encontrava-se apto a voltar ao convívio social, pelo contrário, continuaria sendo beneficiado na medida de internação (*In: STJ, HC nº 88043/SP, 2009*).

Na ocasião o julgador argumentou que a medida socioeducativa adequada para o caso era a internação, justificando que uma medida drástica não seria suficiente para o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários do adolescente infrator, pois consta nos autos que este “não conta com um referencial de autoridade em sua família, apresenta-se desmotivado a retornar aos estudos e não indica sinais de arrependimento ou culpa quando relata normalmente o ato infracional”, tudo isso sinalizando, na visão do juízo originário, que o adolescente em liberdade, “ainda que assistida, não terá condições de ser adequadamente ressocializado”, concluindo que “no sistema do livre convencimento fundamentado, não está juiz vinculado ao resultado de qualquer perícia” (*In: STJ, HC nº 88043/SP, 2009*).

No entanto, parece que à luz de uma razão simples, não se pode afirmar que manter a internação de um adolescente infrator portador de distúrbios psicológicos é a maneira mais eficiente de promover a proteção do adolescente e sua reinserção no ambiente social ou possibilitaria sua convivência de forma anuente com o preceituado no atual modelo civilizatório. Foi com base nesses argumentos que o Superior Tribunal de Justiça determinou a liberação do adolescente, com a sua submissão imediata a tratamento psiquiátrico devido, em local adequado ao transtorno mental apresentado:

Ementa: Habeas Corpus. Processo penal. Estatuto da Criança e do Adolescente. Retardo mental leve. Tratamento psiquiátrico. Necessidade. Medida socioeducativa de internação. Caráter meramente retributivo. Ilegalidade. Ordem concedida. 1. Nos termos do parágrafo 1º, do artigo 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a imposição de medida socioeducativa deverá considerar a capacidade de seu cumprimento pelo adolescente, no caso concreto. 2. O paciente não possui capacidade mental para assimilar a medida socioeducativa, que, uma vez aplicada, reveste-se de caráter retributivo, o que é incompatível com os objetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. Ordem concedida para determinar que o paciente seja inserido na medida socioeducativa de liberdade assistida associada ao acompanhamento ambulatorial psiquiátrico, psicopedagógico e familiar (STJ, HC nº 88043/SP, 2009).

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, de forma expressa, que adolescente infrator portador de transtorno mental não pode ser submetido à medida socioeducativa de internação, não podendo ser esta imposta com propósito meramente retributivo, afirmando a necessidade de sua submissão a tratamento psiquiátrico e psicopedagógico em regime ambulatorial, mais condizente com a Doutrina da Proteção Integral.

Em outra ocasião o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul justificou a aplicação de medida socioeducativa de internação de adolescente infrator com o critério da gravidade da infração:

Ementa: *Habeas Corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Ato infracional. Internação provisória. Apreendido o adolescente em flagrante delito e demonstrado que o menor efetivamente praticou o roubo, presentes, portanto, indícios suficientes da autoria e da materialidade do ato infracional, que é grave, torna-se necessária a sua internação. Dene-garam a ordem (TJRS, HC 70027346881, 2008).

O Superior Tribunal de Justiça tem outro entendimento, afirmando que o prazo máximo permitido para conclusão do procedimento de apuração de ato infracional, no caso de adolescente infrator internado provisoriamente, é de quarenta e cinco dias, não pode ser extrapolado sob qualquer circunstância, sendo irrelevante a gravidade da infração, o responsável pela demora no julgamento ou qualquer outro fator:

Ementa: *Habeas Corpus* liberatório. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Ato infracional análogo à tentativa de roubo. Internação provisória. Extrapolação do prazo legal de quarenta e cinco dias caracterizada. Artigo 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Constrangimento ilegal. Parecer do Ministério Público Federal - MPF pela concessão do *writ*. Ordem concedida para cessar a internação provisória do paciente, determinando-se a imediata soltura do adolescente, se por outro motivo não estiver internado. 1. Em que pese a reprovabilidade do ato infracional praticado, não pode o Juiz se afastar da norma contida no artigo 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe expressamente que a medida de internação anterior a sentença não pode extrapolar o prazo de quarenta e cinco dias. 2. É irrelevante o tipo de crime praticado, o *modus operandi*, a personalidade do agente, ou até mesmo de quem é a responsabilidade pela demora no julgamento; uma vez atingido o prazo máximo permitido para a medida cautelar, nos casos de menores infratores, deve o mesmo ser imediatamente posto em liberdade. 3. Parecer do Público Federal - MPF pela concessão da ordem. 4. *Habeas Corpus*

concedido para cessar a internação provisória do paciente, determinando-se a imediata soltura do adolescente, se por outro motivo não estiver internado (STJ, HC 131770/RS, 2009).

Neste pensar, a internação provisória de adolescente infrator não pode ser decretada apenas com base na gravidade abstrata da conduta, havendo a necessidade da demonstração da imperiosidade da medida, devido ao seu caráter extremo e excepcional:

Ementa: *Habeas Corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao crime de tráfico de entorpecentes. Aplicação da medida de internação provisória. Gravidade abstrata da conduta. Ausência de motivação concreta. Desproporcionalidade da medida cautelar em face do princípio basilar do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ilegalidade configurada. Ordem concedida. 1. A internação provisória da adolescente carece de fundamento jurídico para subsistir, pois, sendo medida extrema e emergencial, cabível somente em situações restritas, deve ser aplicada, tão somente, em situações específicas de real necessidade, amparado por motivação concreta e suficiente, o que não se evidenciou na hipótese versada. 2. A prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de entorpecentes, por si só, não autoriza a adoção da medida sócio-educativa de internação de forma definitiva, nos termos do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, circunstância que, também, afasta a sua decretação cautelar, tendo em vista a desproporcionalidade entre o gravame imposto na tutela provisória e o princípio basilar do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA consubstanciado na proteção integral do menor. 3. Ordem concedida para reformar o aresto impugnado que impôs a medida de internação provisória à adolescente, permitindo-a aguardar em liberdade o julgamento da ação de primeiro grau, se por outro motivo não estiver segregada (STJ, HC 115979/RS, 2009).

Portanto, “a gravidade genérica da conduta não pode ser invocada para o decreto ou manutenção da privação de liberdade do adolescente, dadas as normas e princípios, inclusive de ordem constitucional, aplicáveis à matéria” (STJ, RHC 25248/PI, 2009).

Para evitar abusos na aplicação da medida socioeducativa de internação em estabelecimento educacional é preciso capacitar tanto os aplicadores do Estatuto da Criança e do Adolescente, como quem trabalha nos centros de ressocialização de adolescentes.

O que acontece é que na prática, os estabelecimentos educacionais que recebem para internação adolescentes infratores ainda operam como se regidos pelo anterior Código de Me-

nores, permanecendo muito semelhantes às prisões destinadas aos adultos. Além disso, o treinamento dos educadores dos estabelecimentos onde os adolescentes infratores são internados para cumprir medida socioeducativa é o mesmo oferecido aos agentes penitenciários, vale dizer, pautado na disciplina e na segurança, com o objetivo maior de conter brigas internas e fugas.

Disso tudo se infere que a forma como o sistema socioeducativo vem sendo tratado no Brasil é totalmente oposta à Doutrina da Proteção Integral adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Não existe preocupação com a ressocialização dos adolescentes infratores, muito menos respeito à condição especial de pessoas em desenvolvimento.

O alto índice de reincidência demonstra que as medidas socioeducativas aplicadas no Brasil são ineficientes em razão das dificuldades enfrentadas pelos organismos executores.

As dificuldades na execução de medidas socioeducativas estão no despreparo dos profissionais que atuam na área, a começar pelos operadores do direito pelo Poder Judiciário. Outro fator importante é a falta de estrutura dos espaços ambientais. Assim, como as medidas não são cumpridas de forma eficiente, não produzem o resultado esperado da reinserção social do adolescente infrator, que acaba reincidindo em práticas infracionais.

É preciso destacar, por oportuno, que a responsabilidade pela adequada aplicação das medidas socioeducativas não é apenas do Estado, mas em conjunto, de forma solidária, com a família e a comunidade. Cada instituição deve ser responsabilizada pelo descumprimento dos papéis que lhes são atribuídos por lei, no sentido de contribuir para que a ressocialização do adolescente infrator resulte exitosa.

O problema não está, portanto, no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é primoroso em seus dispositivos, contemplando os direitos e as garantias destinados às crianças e aos adolescentes; a ineficiência do Estado, que não cumpre com o que está estipulado no Estatuto da Criança e do Adolescente desde 1990, acaba por comprometer todo o processo de execução de medidas socioeducativas, obstando a realização dos efeitos desejados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A doutrina da proteção integral universal das crianças e dos adolescentes foi adotada pelo legislador brasileiro para promover uma ruptura paradigmática com a anterior doutrina da situação irregular, que produziu um campo de abertura sistemática adequado para potencializar a materialização dos direitos fundamentais reconhecidos às crianças e aos adolescentes.

A doutrina da proteção integral envolve o universo total da população infanto-juvenil. Esta doutrina inclui todos os direitos individuais e coletivos das novas gerações, vale dizer, todos os direitos para todas as crianças e adolescentes. Esta situação converte a cada criança e a cada adolescente num sujeito de direitos exigíveis. Para os adultos, o re-

conhecimento desta condição se traduz na necessidade de colocar as normas (princípios e regras) do Estado Democrático para funcionar em benefício da infância e da juventude.

No Brasil, o direito da criança e do adolescente emerge como o imprescindível reconhecimento de direitos fundamentais às pessoas em condição especial de desenvolvimento, atribuindo-lhes a esse direito o *status* de prioridade absoluta.

Com o intuito de realizar seus preceitos, o Estatuto da Criança e do Adolescente, totalmente inspirado e disciplinado pela teoria da proteção integral, previu uma reorganização política e institucional que acabou por criar um sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente.

Os princípios jurídicos que estruturam e concretizam a doutrina da proteção integral, acompanhada da necessária visão e engajamento interdisciplinar, assinalam para densas modificações na ceara dos conceitos, da terminologia, e da própria construção da realidade social.

Obviamente que não se pode deixar de considerar a extensão e a intensidade das violências que são produzidas por um sistema econômico capitalista, naturalmente excludente e, muitas vezes, socialmente injusto. Porém, as garantias jurídicas apresentam probabilidades de, pelo menos, resistir à opressão cotidiana.

Destaca-se que as possibilidades de emancipação da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, ainda contida por uma arcaica noção menorista desta parcela de atores sociais, inclinam-se à libertação na medida em que promove a ascensão do grau de politização, ao passo que se expandem os ambientes onde acontecem as participações democráticas.

O reconhecimento às crianças e aos adolescentes da condição de sujeitos de direitos, acompanhado do crescimento nos índices de controle a participação social nas políticas públicas, indicam possibilidades interessantes no sentido da concretização material das utopias desde muito tempo desejadas e almejadas.

Na prática de um novo tempo para a criança e o adolescente, desenhado a partir da adoção da doutrina da proteção integral pela Constituição da República de 1988 e empregada no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, é preciso fundamentar e definir políticas, metas e estratégias voltadas à orientação da ação pública e privada, a favor do exercício dos direitos dessas pessoas, cuja identidade peculiar que as une em um grupo especial é estar em pleno desenvolvimento físico e mental. Neste sentido, as políticas, metas e estratégias constituem ferramentas fundamentais à realização de planos, programas e projetos direcionados à proteção das crianças e adolescentes.

Para tanto é preciso conjugar distintas dimensões que dão conta das condições jurídicas, socioeconômicas e institucionais do Brasil, assim como do caráter intrínseco de obrigatoriedade e de construção participativa da família, da sociedade e do Estado, com a finalidade de estabelecer políticas, estratégias e metas que respondam às condições

gerais do país e desafiem sua institucionalidade, ao propor a urgência de desenvolver e fortalecer ações encaminhadas à implantação prática da doutrina da proteção integral, que surge como a grande estratégia social destinada a garantir os direitos das crianças e dos adolescentes.

As principais diretrizes a serem seguidas na efetivação prática da doutrina da proteção integral, a partir desse estudo, podem ser resumidas da seguinte forma:

a) implantar condições necessárias à proteção de crianças e adolescentes e que permitam a essas pessoas, em especial fase natural de desenvolvimento, que possam crescer e ascender a uma vida digna e saudável;

b) promover o acesso universal de crianças e adolescentes aos serviços de educação, de acordo com sua idade;

c) promover uma cultura de bom trato e respeito à individualidade, às diferenças e às expressões culturais das crianças e dos adolescentes;

d) fortalecer as capacidades e os vínculos afetivos das famílias, como espaço substancial que cumpre o papel fundamental de proteção e tutela das crianças e dos adolescentes;

e) assegurar a restituição dos direitos às crianças e adolescentes que deles tenham sido privados por razões de violência, maus-tratos, abuso, exploração ou situações de desastre;

f) promover uma cultura de respeito e fortalecimento da participação de crianças e adolescentes como atores com capacidades para opinar, tomar a iniciativa e decidir sobre seus próprios desejos e vontades; e

g) fortalecer as capacidades e mecanismos de exigibilidade cidadã para garantir o cumprimento e aplicação dos direitos das crianças e dos adolescentes.

É crescente a preocupação mundial para gerar sociedades mais tolerantes, democráticas, equitativas e respeitadas com suas crianças e adolescentes. Contudo, nada disso será possível se não existir uma campanha incisiva de informação e construção de conhecimento sobre a doutrina da proteção integral adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Só o conhecimento leva à fiscalização e à exigência de direitos.

Defende-se a conscientização pela divulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente a partir da escola, desde os primeiros anos da educação infantil. Contudo, antes é preciso promover o debate entre os próprios acadêmicos e operadores do direito, para que não ocorram mais confusões entre o modelo antigo da doutrina da situação irregular, com a novel doutrina da proteção integral. São séculos de uma cultura ainda arraigada que precisa ser transformada e isso demanda tempo e muito trabalho.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARAÚJO, Ricardo. Índice de reincidência é de 70% entre jovens que cumprem medidas. *In: Jornal do Brasil*, de 11 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2011/06/11/indice-de-reincidencia-e-de-70-entre-jovens-que-cumprem-medidas-socioeducativas/>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

ARISTÓTELES de Estagira. **Colección ciencias políticas**. Montevideo, Uruguay: Libros en Red - Amertown International S.A., 2004.

ASCARELLI, Tulio. **Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1952.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de direito**. Cadernos Democráticos da Fundação Mário Soares. Lisboa: Edição Gradiva, 1999.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **De menor a cidadão**: notas para uma história do novo direito da infância e da juventude no Brasil. Brasília: Ministério da Ação Social, Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência, 1991.

CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da proteção integral**: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *In: Revista do Direito; Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado*, nº 29, p. 22-43. Santa Cruz do Sul: UNISC, jan./jun. 2008.

DIREITO INTERNACIONAL. **Declaração dos Direitos da Criança de 1959**. Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil. Disponível em: <http://198.106.103.111/cmdca/downloads/Declaracao_dos_Direitos_da_Crianca.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

DIREITO INTERNACIONAL. **Declaração dos Direitos da Virgínia, 12 de junho de 1776**. *In: DHnet, Rede Direitos Humanos e Cultura*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

DIREITO INTERNACIONAL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789**. Aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária no dia 26 de agosto de 1789 e votada em definitivo no dia 02 de outubro de 1789. *In: DHnet, Rede Direitos Humanos e Cultura*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

DIREITO INTERNACIONAL. **Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil de 1990 (Riyadh Guidelines)**. Adotadas pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 45/112. Nova Iorque: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1990.

DIREITO INTERNACIONAL. **Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing)**. Adotadas pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 29 de novembro de 1985, por meio da Resolução nº 40/33. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm>. Acesso em: 22 jul. 2017.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito e axiologia**: o valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade. In: *Revista Jurídica Cesumar*, vol. 7, nº 01, p. 57-80, jan./jun. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechi y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Editora Trotta, 1995.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **A Alemanha e o Estado de Direito**: apontamentos de teoria constitucional comparada. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, nº 133, p. 109-119. Brasília, jan./mar. 1997.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 2. ed., São Paulo: RT, 1991.

GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**. Porto Alegre: L&PM Editora, 1986.

HOBBS, Thomas. **O cidadão (1642)**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril-Cultural, Coleção Os Pensadores, 1983.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Introdução de J. W. Gough. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SOUZA, Leonardo da Rocha de; SALGADO, Karine. **Teoria e filosofia do Estado**. Organização CONPEDI/ UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

O TEMPO, Jornal. **Educação**: despesa com menor infrator é 21 vezes maior do que com aluno. Especialistas apontam discrepância como reflexo de gastos mal realizados no ensino de Minas. Notícia de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/cidades/despesa-com-menor-infrator-%C3%A9-21-vezes-maior-do-que-com-aluno-1.1234513>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 138 da Organização Internacional do Trabalho sobre a Idade Mínima de Admissão ao Emprego**. Aprovada na 58ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1973), em vigor no pla-

no internacional desde 19 de junho de 1976. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/2237892/0/Conven%C3%A7%C3%A3o+138+da+OIT++Idade+m%C3%ADnima+de+admiss%C3%A3o+ao+emprego>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Recomendação nº 146 da Organização Internacional do Trabalho relativa à Idade Mínima de Admissão ao Emprego**. Aprovada em 27 de junho de 1973. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/sites/all/ipecc/normas/rec146.php>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, SANCHES, Rogério Cunha. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei nº 8.069 comentada por artigo. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Eliane Araque. **Criança e adolescente**: sujeitos de direitos. In: *Inclusão Social*, vol. 02, nº 01, p. 130-134, Brasília, out. 2006/mar. 2007.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 115979/RS**. 5ª Turma. Relator: Jorge Mussi. Julgado em 01 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 150035/PE**. 5ª Turma. Relator Jorge Mussi. Julgado em 19 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 02. ago. 2017.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 180595/MG**. 5ª Turma. Relatora Laurita Vai. Julgado em 03 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 02. ago. 2017.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 88043/SP**. 6ª Turma. Relator OG Fernandes. Julgado em 14 de abril de 2009. Publicado no DJ de 04 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 02. ago. 2017.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus - RHC nº 25248/PI**. 5ª Turma. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 27 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

TJMG, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Habeas Corpus Criminal nº 1.0000.09.510787-6/000**. Câmaras Criminais Isoladas / 5ª Câmara Criminal. Relator: Alexandre Victor de Carvalho. Julgado em 09 de março de 2010. Publicado no DJ de 24 de março de 2010. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

TJPR, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Habeas Corpus - ECA nº 0562306-3, de Apucarana**. 2ª Câmara Criminal. Relatora: Lilian Romero. Julgado em 02 de abril de 2009. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

TJRS, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus - HC nº 70027346881**. 8ª Câmara Cível. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 18 de dezembro de 2008. Publicado no Diário da Justiça de 07 de janeiro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Carta Internacional da Educação Física, da Atividade Física e do Esporte de 1978**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002354/235409POR.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

USP, Universidade de São Paulo. **Medidas inadequadas favorecem reincidência de jovens infratores**. Artigo de 08 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www5.usp.br/38756/rigor-e-internacao-nao-diminuem-reincidencia-por-jovens-infratores-mostra-estudo/>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

VALERA, Yuri Emilio Buaiz. **Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Comentada de El Salvador**. Libro Segundo. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador, El Salvador: CNJ-ECI, 2014.

VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE: breves considerações**. In: *Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade*, nº 01, ano 01, p. 29-46. São Paulo: UNIBAN, 2009.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os princípios norteadores do direito da infância e juventude**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, nº 94, nov. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12>. Acesso em: 20 jul. 2017.

[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

