sumário

Artigos

- Apresentação 5

- Editorial 7

Direito ao Silêncio e Comissões Parlamentares de Inquérito.
- Alexandre de Moraes 13

A Justiça Militar na Itália.
- Alfio Massimo Nicolosi 33
  - Anexo - Artigo Original 37

Papel e poderes do Comandante em questões relativas à Justiça Militar na Turquia.
- Juiz Capitão Önder Basoğul 41
  - Anexo - Artigo Original 45

O papel dos Comandantes Militares romenos nos procedimentos para solucionar crimes cometidos por militares.
- Coronel Ion Didoiu 49
  - Anexo - Artigo Original 53

A luta contra a corrupção - Uma maneira de elevar a integridade moral nas Forças Armadas Angolanas.
- General João Maria Moreira de Sousa 57

Interceptação e Abate de Aeronave: considerações sobre a Lei 9.614, de 05.03.1998.
- Jorge Cesar de Assis 69

Sistema Judiciário Militar das Forças Armadas da Coréia.

- Coronel Seok Young Kim 81

Anexo - Artigo Original 85

O Perito Legista deve comparecer ao local da morte?

- Major Dr. Leví Inimá de Miranda 89

Da competência no caso de armas proibidas ou restritas.

- Paulo Roberto Bérenger Alves Carneiro 91

Insubmissão: conveniência de sua descriminalização.

- Zilah Maria Callado Fadul Petersen 97

Justiça Militar nas Operações de Paz da ONU

- Carlos Frederico de Oliveira Pereira 113

A Justiça Militar do Reino Unido nas Operações de Manutenção de Paz

- Roger Graham Chapple 115

Anexo - Artigo Original 119

Atuação Processual

Mandado de Segurança no STM contra desentranhamento de peças do Ministério Público Militar

- Péricles Aurélio Lima de Queiroz 125

Atuação Institucional

Investigação Direta pelo Ministério Público

- Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça do Brasil 135

apresentação

O lançamento anual da *Revista do Ministério Público Militar* coincide com o *II Encontro Internacional de Direito Humanitário e Direito Militar*, em Florianópolis-SC, promovido pela Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – Amajme, e Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que conta com o apoio da Procuradoria-Geral da Justiça Militar.

Em meados deste ano, o Ministério Público Militar participou em Budapeste, Hungria, da 6ª Conferência Internacional de Direito Militar (11-14 Jun), organizada pela Sociedade Húngara de Direito Militar. Compareceram representantes de 30 países. Outras reuniões de aperfeiçoamento aconteceram em Porto Alegre-RS e Juiz de Fora-MG, por iniciativa dos núcleos (MPM) da Escola Superior do Ministério Público da União, dirigidos à temática do direito militar. Abrimos nosso auditório a seminários e palestras de juristas militares do Reino Unido e da República de Angola, para o debate de temas de interesse comum.

Os eventos dimensionam as tendências da atualidade nas corporações jurídicas no domínio da justiça castrense: perfilhar-se e envolver-se com o Direito Internacional Humanitário (DIH) e os Direitos Humanos. No plano acadêmico, cumpre registrar o pioneiro curso de pós-graduação sobre *Direito dos Conflitos Armados*, idealizado pela Universidade de Brasília, em convênio com a Universidade Alemã de Bochum, que teve a cooperação da ESMPU e do Instituto Brasileiro de Direito Militar e Humanitário – IBDMH.

O Ministério Público Militar persegue seus objetivos no vasto conjunto de suas funções extrajudiciais e judiciais. Supervisiona e orienta o inquérito conduzido pela polícia judiciária das Forças Armadas. E realiza investigação direta em procedimento próprio das Procuradorias da Justiça Militar. Como órgão promovente da justiça e *custos legis*, atua na jurisdição militar federal.

Ao lado de atribuições que há longa data lhe foram confiadas por lei, e do inovador desenho constitucional estabelecido na Magna Carta de 1988, nossa Instituição dedica-se ao conhecimento, difusão e emprego do Direito Humanitário no Brasil, resgatando a vocação original do Promotor de Justiça Militar como agente transformante da sociedade.

Marisa Terezinha Cauduro da Silva

Procuradora-Geral da Justiça Militar

editorial

Sair do papel e conquistar o espaço nobre dos leitores: eis o maior desafio de se produzir uma publicação, principalmente considerando-se que esta não é uma editora de livros. Após dias de ansiedade, projetos, dúvidas e esperanças, o Conselho Editorial concretiza a 19ª edição da **Revista do Ministério Público Militar.** Projetamos oferecer algo moderno e atraente na forma, substancial e proveitoso no conteúdo.

O escritor Alexandre de Moraes, a juíza-auditora Zilah Fadul Petersen, o promotor de Justiça Militar Jorge Assis, o procurador da República Bérenger Carneiro , o perito legista do Exército Leví Inimá, e o subprocurador-geral e professor Carlos Frederico - articulistas nacionais de reconhecido conceito forense - se debruçaram sobre matérias contemporâneas versando assuntos como direito ao silêncio, descriminalização da insubmissão, lei do abate de aeronaves em vôo ilícito, contrabando de armas proibidas , importância da perícia de campo, e o judiciário nas operações de paz da ONU.

Colaboram nesta edição membros de justiças militares do Reino Unido - juiz Roger Chapple, da Itália - juiz presidente Massimo Nicolosi; da Romênia - Coronel Ion Didoiu; da Turquia - juiz Capitão Önder Basoğul; da República da Coréia - Coronel Seok Ioung Kim; e de Angola - General João Maria de Souza; cujos textos proporcionam informações atuais e revelam os rumos do Direito Militar em países da Europa, Ásia e África.

Nas seções *Atuação Processual* e *Institucional* publicam-se documentos de defesa das atribuições: petição inicial em mandado de segurança impetrado no Superior Tribunal Militar para assegurar o entranhamento de peças do *parquet* em processo na Justiça Militar; e Memorial do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça do Brasil, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, em apologia da investigação direta no Ministério Público.

O Conselho Editorial

Direito ao Silêncio e Comissões Parlamentares de Inquérito.

Alexandre de Moraes
Secretário da Justiça e da Defesa de Cidadania do Estado de São Paulo, Escritor e Advogado

1. Direitos Humanos Fundamentais

Os direitos humanos fundamentais surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.

Dentre as inúmeras teorias desenvolvidas no sentido de justificar e esclarecer o fundamento dos direitos humanos, podemos destacar a *teoria jusnaturalista,* a *teoria positivista* e a *teoria moralista* ou de *Perelman.*

A teoria *jusnaturalista* fundamenta os direitos humanos em uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. Por essa teoria, os direitos humanos fundamentais não são criação dos legisladores, tribunais ou juristas, e, consequentemente, não podem desaparecer da consciência dos homens.

A teoria *positivista*, diferentemente, fundamenta a existência dos direitos humanos na ordem normativa, enquanto legítima manifestação da soberania popular. Desta forma, somente seriam direitos humanos fundamentais aqueles expressamente previstos no ordenamento jurídico positivado.

Por sua vez, a teoria *moralista* ou de *Perelman* encontra a fundamentação dos direitos humanos fundamentais na própria experiência e consciência moral de um determinado povo, que acaba por configurar o denominado *espiritus razonables.*

A incomparável importância dos direitos humanos fundamentais não consegue ser explicada por qualquer das teorias existentes, que se mostram insuficientes. Na realidade, as teorias se completam, devendo coexistir, pois somente a partir da formação de uma consciência social (teoria de Perelman), baseada principalmente em valores fixados por uma ordem superior, universal e imutável (teoria jusnaturalista) é que o legislador ou os tribunais (esses principalmente nos países anglo-saxões) encontram substrato político e social para reconhecerem a existência de determinados direitos humanos fundamentais como integrantes do ordenamento jurídico (teoria positivista). O caminho inverso também é verdadeiro, pois o legislador ou os tribunais necessitam fundamentar o reconhecimento ou a própria criação de novos direitos humanos a partir de uma evolução de consciência social, baseada em fatores sociais, econômicos, políticos e religiosos.

Essas idéias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.

Dessa forma, a noção de direitos humanos fundamentais é mais antiga que o surgimento da idéia de constitucionalismo, que tão-somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular.

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como *direitos humanos fundamentais.*

A Unesco, também definindo genericamente os *direitos humanos fundamentais*, considera-os por um lado como uma proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado, e por outro regras para se estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana[1].

Pérez Luño apresenta-nos um definição completa sobre os direitos fundamentais do homem, considerando-os como *um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional* [2].

José Castan Tobeñas, por sua vez, define *direitos humanos* como aqueles direitos fundamentais da pessoa humana - considerada tanto em seu aspecto individual como comunitário - que correspondem à esta em razão de sua própria natureza (de essência, ao mesmo tempo, corpórea, espiritual e social), e que devem ser reconhecidos e respeitados por todo poder e autoridade, inclusive as normas jurídicas positivas, cedendo, não obstante, em seu exercício, ante as exigências do bem comum[3].

Independentemente da definição de direitos humanos fundamentais, o importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana[4], tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja a nível constitucional, infraconstitucional, seja a nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.

A constitucionalização dos direitos fundamentais não significa mera enunciação formal de princípios, mas sim a plena positivação de

[1] *UNESCO.* Les dimensions internationales des droits de l'homme. *Unesco: 1978, p. 11.*
[2] *CASTRO, J. L. Cascajo, LUNÕ, Antonio-Enrique Pérez, CID, B. Castro, TORRES, C. Gomes.* Los derechos humanos: significacion, estatuto jurídico y sistema. *Sevilha: Universidad de Sevilha, 1979. p. 43.*
[3] *TOBEÑAS, José Castan.* Los derechos del hombre. *Madrid: Editorial Reus, 1976. p. 13.*
[4] *Cf.: CORRÊA. Maurício.* O ministério da justiça na defesa da cidadania. *Direitos humanos - Arquivos do Ministério da Justiça n° 48. p. 17.*

direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia[5]. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.

O respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, é pilastra mestra na construção de um verdadeiro Estado de Direito democrático[6].

A previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo, de valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais[7], mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.* O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.

A idéia de dignidade da pessoa humana encontra no novo texto constitucional total aplicabilidade em relação ao planejamento familiar, considerada família como célula da sociedade, seja derivada de casamento, seja de união estável entre homem e mulher, pois fundado nos príncipios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (CF, art. 226, § 7°).

"... A proteção judicial é absolutamente indispensável para o respeito aos direitos humanos..."

Assim, Frank Moderne afirma que não há qualquer dúvida entre a estreita ligação do princípio da dignidade humana com os direitos fundamentais, em sua tríplice dimensão biológica, espiritual e social, concluíndo que esse manda-

[5] *Nesse sentido importante relembrarmos a lição de AFONSO ARINOS: "não se pode separar o reconhecimento dos direitos individuais da verdadeira democracia"* (Curso de direito constitucional brasileiro. *Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 188. v. I).*

[6] *Conferir, nesse sentido, os estudos realizados por BARILE, Paolo.* Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. *Bologna: Il Molino, 1984; CANOTILHO, J. J. Gomes.* Direito constitucional. *Coimbra: Almedina, 1993. p. 541 e EKMEKDJIAN, Miguel Ángel.* Tratado de derecho constitucional. *Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 5-7;*

[7] *Sobre a excepcionalidade das hipóteses de limitações aos direitos fundamentais conferir: BARBOSA, Rui.* Obras completas de Rui Barbosa - trabalhos diversos. *Rio de Janeiro: Secretaria da Cultura, 1991, vol. XL-1913. Tomo VI. p. 225.*

mento constitucional, também presente na Constituição francesa, impede, peremptoriamente, qualquer forma de tratamento degradante ou que vise degradar, fisicamente ou moralmente o indivíduo[8].

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da *dignidade da pessoa humana* apresenta-se em sua dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever, configura-se pela exigência do indivíduo respeitar *a dignidade* de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non* laedere (não prejudique ninguém) *e suum cuique tribuere (*de a cada um o que lhe é devido).

2. Evolução histórica

A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotamia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hammurabi (1690 a. C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes. A influência filosófica-religiosa nos direitos do homem pôde ser sentida com a propagação das idéias de Buda, basicamente sobre a igualdade de todos os homens (500 a. C). Posteriormente, já de uma forma mais coordenada, porém ainda com uma concepção muito diversa da atual, surgem na Grécia vários estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem, destacando-se as previsões de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles); a crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas, defendida no pensamento dos sofistas e estóicos (por ex., na obra *Antígona* - 441 a. C - Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores ao direitos escritos pelo homem). Contudo, foi o direito romano quem estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A *Lei das Doze Tábuas* pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão.

Posteriormente, a forte concepção religiosa trazida pelo *cristianismo,* com a mensagem de igualdade de todos os homens, independentemente de origem, raça, sexo ou credo, influenciou diretamente a consagração dos direitos

[8] *MODERNE, Frank.* La dignité de la persone comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976 - Jorge Miranda (coord.). Coimbra: Coimbra, 1996. p. 197 e 212*

fundamentais, enquanto necessários à dignidade *da pessoa humana.*

Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassalos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência de direitos humanos, sempre com o mesmo traço básico: *limitação do poder estatal*. O forte desenvolvimento das declarações de direitos humanos fundamentais deu-se, porém, a partir do terceiro quarto do século XVIII até meados do século XX.

Os mais importantes antecedentes históricos das declarações de direitos humanos fundamentais encontram-se, primeiramente, na Inglaterra, onde podemos citar a *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João Sem-Terra em 15 de junho de 1215 - Jorge Miranda nos informa que foi confirmada seis vezes por Henrique III, três vezes por Eduardo I, catorze vezes por Eduardo III, seis vezes por Ricardo II, seis vezes por Henrique IV, uma vez por Henrique V e uma vez por Henrique VI), a *Petition of Right* de 1628, o Habeas Corpus Act de 1679, o *Bill of Rights* de 1689 e o *Act of Seattlemente* de 12 de junho de 1701[9].

A *Magna Charta Libertatum* de 15 de junho de 1215 entre outras garantias previa a liberdade da Igreja da Inglaterra; restrições tributárias; proporcionalidade entre delito e sanção (*A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcional à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcional ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator* - item 20); previsão do devido processo legal (*Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país* - item 39); livre acesso à Justiça *(Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça* - item 40); liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país.

A *Petition of Right* de 1628 previa expressamente que *ninguém seria obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benevolência e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seria chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou de, qualquer forma, molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar. Previa, ainda, que nenhum homem livre ficasse sob prisão ou detido ilegalmente.*

O *Habeas Corpus Act* de 1679 regulamentou esse instituto que, porém, já existia na *common law*. A lei previa que *a reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime (exceto se se tratar de traição ou felonia, assim declarada no mandado respectivo, ou de cumplicidade ou de suspeita*

[9] *MIRANDA, Jorge.* Textos históricos do direito constitucional. *2.ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1990, p. 13.*

de cumplicidade, no passado, em qualquer traição ou felonia, também declarada no mandado, e salvo o caso de formação de culpa ou incriminação em processo legal), o lorde-chanceler ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia do mandado ou o certificado de que a cópia foi recusada, concederão providência de habeas corpus (exceto se o próprio indivíduo tiver negligenciado, por dois períodos, em pedir a sua libertação) em benefício do preso, a qual será imediatamente executada perante o mesmo lorde-chanceler ou o juiz; e, se afiançavel, o indivíduo será solto, durante a execução da providência, comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente. Além de outras previsões complementares, o *Habeas corpus act* previa multa de 500 libras àquele que voltasse a prender, pelo mesmo fato, o indivíduo que tivesse obtido a ordem de soltura.

A *Bill of Rights* de 1689, decorrente da abdicação do rei Jaime II, e outorgada pelo Princípe do Orange, no dia 13 de fevereiro, significou enorme restrição ao poder estatal, prevendo, dentre outras regulamentações: *fortalecimento ao princípio da legalidade, ao impedir que o rei pudesse suspender leis ou a execução das leis sem o consentimento do Parlamento; criação do direito de petição; liberdade de eleição dos membros do Parlamento; imunidades parlamentares; vedação à aplicação de penas cruéis; convocação frequente do Parlamento.* Saliente-se, porém, que apesar do avanço em termos de declaração de direitos, a *Bill of Rights* expressamente negava a liberdade e igualdade religiosa, ao prever em seu item IX que *considerando que a experiência tem demonstrado que é incompatível com a segurança e bem-estar deste reino protestante ser governado por um príncipe papista ou por um rei ou rainha casada com um papista, os lordes espirituais e temporais e os comuns pedem, além disso, que fique estabelecido que quaisquer pessoas que participem ou comunguem da Sé e Igreja de Roma ou professem a religião papista ou venha a casar com um papista sejam excluídos e se tornem para sempre incapazes de herdar, possuir ou ocupar o trono deste reino, da Irlanda e seus domínios ou de qualquer parte do mesmo ou exercer qualquer poder, autoridade ou jurisdição régia; e, se tal se verificar, mais reclamam que o povo destes reinos fique desligado do dever de obediência e que o trono passe para a pessoa ou as pessoas de religião protestante que o herdariam e ocupariam em caso de morte da pessoa ou das pessoas dadas por incapazes.*

O *Act of Seattlemente* de 12 de junho de 1701, basicamente, configurou-se em um ato normativo reafirmador do princípio da legalidade (item IV - *E considerando que as leis de Inglaterra constituem direitos naturais do seu povo e que todos os reis e rainhas, que subirem ao trono deste reino, deverão governá-lo, em obediência às ditas leis, e que todos os seus oficiais e ministros deverão servi-los também de acordo com as mesmas leis...*) e da responsabilização política dos agentes públicos, prevendo-se a possibilidade, inclusive de impeachment de magistrados.

Posteriormente e com idêntica importância, encontramos a participação da Revolução dos Estados Unidos da América, onde podemos citar os históricos documentos: Declaração de Direitos de Virgínia, de 16 de junho de 1776; Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, 4 de julho de 1776; Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787.

Na Declaração de Direitos de Virgínia a Seção I já proclama o *direito à vida, à liberdade e à propriedade*. Outros direitos humanos fundamentais foram expressamente previstos, tais quais, o princípio da legalidade, o devido processo legal, o Tribunal de Júri, o princípio do juiz natural e imparcial, a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa (*Só a razão e a convicção, não a força ou a violência, podem prescrever a religião e as obrigações para com o Criador e a forma de as cumprir; e, por conseguinte, todos os homens têm igualmente direito ao livre culto da religião, de acordo com os ditames da sua consciência* - Seção XVI).

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, documento de inigualável valor histórico e produzido basicamente por Thomas Jefferson, teve como tônica preponderante a limitação do poder estatal, como se percebe por algumas passagens: "*A história do atual Rei da Grã-Bretanha compõe-se de repetidos danos e usurpações, tendo todos por objetivo direto o estabelecimento da tirania absoluta sobre estes Estados. Para prová-lo, permitam-nos submeter os fatos a um cândido mundo: Recusou assentimento a leis das mais salutares e necessárias ao bem público..... Dissolveu Casas de Representantes repetidamente porque se opunham com máscula firmeza às invasões dos direitos do povo... Dificultou a administração da justiça pela recusa de assentimento a leis que estabeleciam poderes judiciários. Tornou os juízes dependentes apenas da vontade dele para gozo do cargo e valor e pagamento dos respectivos salários...Tentou tornar o militar independente do poder civil e a ele superior...*".

Direitos Humanos: Declaração de 1789 (França)

Igualmente, a Constituição dos Estados Unidos da América e suas dez primeiras emendas, aprovadas em 25 de setembro de 1789 e ratificadas em 15 de dezembro de 1791 pretenderam limitar o poder estatal estabelecendo a Separação dos Poderes estatais e diversos direitos humanos fundamentais: *liberdade religiosa; inviolabilidade de domicílio; devido processo legal; julgamento pelo Tribunal do Júri; ampla defesa; impossibilidade de aplicação de penas cruéis ou aberrantes.*

A consagração normativa dos direitos humanos fundamentais, porém, coube à França, quando em 26 de agosto de 1789 a Assembléia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com dezessete artigos. Dentre as inúmeras e importantíssimas

previsões, podemos destacar os seguintes direitos humanos fundamentais: *princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção de inocência; liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento*.

A Constituição francesa de 3 de setembro de 1791 trouxe novas formas de controle do poder estatal, porém coube à Constituição francesa de 24 de junho de 1793 uma melhor regulamentação dos direitos humanos fundamentais, cujo preâmbulo assim se manifestava: *"O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos podendo comparar sem cessar os atos do governo com a finalidade de toda a instituição social, nunca se deixem oprimir ou aviltar pela tirania; a fim de que o povo tenha sempre perante os olhos as bases da sua liberdade e da sua felicidade, o magistrado a regra dos seus deveres, o legislador o objeto da sua missão. Por conseqüência, proclama, na presença do Ser Supremo, a seguinte declaração dos direitos do homem e do cidadão".*

Dentre outras previsões, foram consagrados os seguintes direitos humanos fundamentais: *igualdade, liberdade, segurança, propriedade, legalidade, livre acesso aos cargos públicos, livre manifestação de pensamento, liberdade de imprensa, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade entre delitos e penas, liberdade de profissão, direito de petição, direitos políticos.*

A maior efetivação dos direitos humanos fundamentais continuou durante o constitucionalismo liberal do século XIX, tendo como exemplos a Constituição espanhola de 19 de março de 1812 (Constituição de Cádis), a Constituição portuguesa de 23 de setembro de 1822, a Constituição belga de 7 de fevereiro de 1831.

A Constituição de Cádis previa em seu Capítulo III o princípio da legalidade e em seu artigo 172 as restrições aos poderes do rei, consagrando dentre outros direitos humanos fundamentais: *princípio do juiz natural, impossibilidade de tributos arbitrários, direito de propriedade, desapropriação mediante justa indenização, liberdade.* Não obstante essas garantias, inexistia a liberdade religiosa, pois em seu artigo 12, a citada Constituição estabelecia: *"A religião da Nação Espanhola é e será perpetuamente a católica apostólica romana, única verdadeira. A Nação protege-a com leis sábias e justas e proíbe o exercício de qualquer outra".*

A Constituição portuguesa de 1822, grande marco de proclamação de direitos individuais, estabelecia já em seu Título I - Capítulo único - os direitos individuais dos portugueses, consagrando dentre outros, os seguintes direitos: *igualdade, liberdade, segurança, propriedade, desapropriação somente mediante prévia e justa indenização, inviolabilidade de domicílio, livre comunicação de pensamentos, liberdade de imprensa, proporcionalidade entre delito e*

pena, reserva legal, proibição de penas cruéis ou infamantes, livre acesso aos cargos públicos, inviolabilidade da comunicação de correspondência.

Anote-se que a liberdade de imprensa era muito relativizada à época, como demonstra o artigo 8° da citada Constituição portuguesa que previa a possibilidade de *censura dos escritos publicados sobre dogma e moral,* a ser realizada pelos bispos.

A Constituição belga de 7 de fevereiro de 1831 também reservou um título autônomo para a consagração dos direitos dos belgas (Título II - art. 4°/24) que, além da consagração dos já tradicionais direitos individuais previstos na Constituição portuguesa, estabelecia a liberdade de culto religioso (arts. 14 e 15), direito de reunião e associação.

A Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 4 de novembro de 1848 esboçou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais que seria, posteriormente, definitiva a partir dos diplomas constitucionais do século XX. Assim, em seu artigo 13 previa como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição *a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados, às crianças abandonadas, aos enfermos e aos velhos sem recursos, cujas famílias não pudessem socorrer.*

O início do século XX trouxe diplomas constitucionais fortemente marcados pelas preocupações sociais, como se percebe por seus principais textos: Constituição mexicana de 31 de janeiro de 1917, Constituição de Weimar de 11 de agosto de 1919, Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 17 de janeiro de 1918, seguida pela primeira Constituição Soviética (Lei Fundamental) de 10 de julho de 1918 e Carta do Trabalho, editada pelo Estado Fascista italiano em 21 de abril de 1927.

A Constituição mexicana de 1917 passou a garantir direitos individuais com forte tendências sociais, como por exemplo direitos trabalhistas (art. 5° - *"o contrato de trabalho obrigará somente a prestar o serviço convencionado pelo tempo fixado por lei, sem poder exceder um ano em prejuízo do trabalhador, e não poderá compreender, em caso algum, a renúncia, perda ou diminuição dos direitos políticos ou civis. A falta de cumprimento do contrato pelo trabalhador, só o obrigará à correspondente responsabilidade civil, sem que em nenhum caso se possa exercer coação sobre a sua pessoa"*), efetivação da educação (art. 3°, VI e VII - *a educação primária será obrigatória; toda a educação ministrada pelo Estado será gratuita*).

A Constituição de Weimar previa em sua Parte II os Direitos e Deveres fundamentais dos alemães. Os tradicionais direitos e garantias individuais eram previstos na Seção I, enquanto a Seção II trazia os direitos relacionadas à vida social, a Seção III os direitos relacionados à religião e às Igrejas, a Seção IV os direitos relacionados à educação e ensino e a Seção V os direitos referentes à vida econômica.

Em relação à Seção I, podemos destacar, além da consagração dos direitos tradicionais, as previsões do art. 117 ("*são invioláveis o segredo da correspondência, dos correios, do telégrafo e do telefone. Só a lei pode estabelecer exceções a*

esta regra") e do art. 118 *("Todo o cidadão tem o direito, nos limites das leis gerais, de exprimir livremente o seu pensamento pela palavra, por escrito, pela impressão, pela imagem ou por qualquer outro meio. Nenhuma relação de trabalho ou emprego pode sofrer prejuízo por sua causa").*

No tocante à Seção II, logo no art. 119 previa-se o casamento como fundamento da vida da família e da conservação e desenvolvimento da nação e *proclamava a igualdade de direitos dos dois sexo, além de proteger a maternidade e afirmar incumbir ao Estado a pureza, a saúde e o desenvolvimento social da família.*

Inovou também em termos de direitos e garantias específicas à juventude, proclamando a *igualdade entre os filhos legítimos e ilegítimos, a proteção contra a exploração, o abandono moral, intelectual e físico (arts. 120 a 122)*.

A liberdade de crença e culto foi consagrada pela Constituição de Weimar na Seção III, em seu artigo 135, que expressamente afirmava: *"Todos os habitantes do Império gozam de plena liberdade de crença e consciência. O livre exercício da religião é garantido pela Constituição e está sob proteção do Estado".*

A Seção IV dava grande importância as artes, as ciências e o seu ensino, consagrando plena liberdade e incumbindo o Estado de protegê-las. Em relação à educação, o Estado deveria assegurar o princípio da escolaridade obrigatória e gratuita (arts. 145 e 146).

Por fim, a Seção V, além de consagrar direitos tradicionais como *propriedade, sucessão e liberdade contratual*, deu grande ênfase aos direitos sociais econômicos, prevendo *a proteção especial do Império em relação ao trabalho* (art. 157), *a liberdade de associação para defesa e melhoria das condições de trabalho e de vida* (art. 159), *a obrigatoriedade de existência de tempo livre para os empregados e operários poderem exercer seus direitos cívicos e funções públicas gratuitas* (art. 160), *sistema de seguridade social, para conservação da saúde e da capacidade de trabalho, proteção da maternidade e prevenção dos riscos da idade, da invalidez e das vicissitudes da vida (art. 161).*

Os Direitos Sociais na Constituição de Weimar de 1919

Além desses direitos sociais expressamente previstos, a Constituição de Weimar demonstrava forte espírito de defesa dos direitos sociais ao proclamar que *o império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade um mínimo de direitos sociais e que os operários e empregados seriam chamados a colaborar, em pé de igualdade, com os patrões*

na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

A Declaração soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, pelas próprias circunstâncias que idealizaram a revolução de 1917, visava, como previsto em seu capítulo II, *suprimir toda a exploração do homem pelo homem, a abolir completamente a divisão da sociedade em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores, a instaurar a organização socialista da sociedade e a fazer triunfar o socialismo em todos os países.* Com base nesses preceitos, foi abolido o direito de propriedade privada, sendo que todas as terras passaram a ser propriedade nacional e entregues aos trabalhadores sem qualquer espécie de resgate, na base de uma repartição igualitária em usufruto (art. 1°).

Posteriormente, a Lei Fundamental Soviética de 10 de julho de 1918 proclamou o *princípio da igualdade, independentemente de raça ou nacionalidade* (art. 22), determinando a *prestação de assistência material e qualquer outra forma de apoio aos operários e aos camponeses mais pobres, a fim de concretizar a igualdade* (art. 16).

Apesar desses direitos, a citada Lei Fundamental Soviética, em determinadas normas, avança em sentido oposto à evolução dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, ao *privar* em seu art. 23 *os indivíduos e os grupos particulares dos direitos de que poderiam usar em detrimento dos interesses da revolução socialista*, ou ainda, ao *centralizar a informação* (art. 14) e a *obrigatoriedade do trabalho* (art. 14), com o princípio *quem não trabalha não come* (art. 18).

A Carta do Trabalho de 21 de abril de 1927, impregnada fortemente pela doutrina do Estado fascista italiano, trouxe um grande avanço em relação aos direitos sociais dos trabalhadores, prevendo, principalmente: *liberdade sindical, a magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais.*

3. Finalidade protetiva dos Direitos Fundamentais

Na visão ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação de poder estão indissoluvelmente combinados. O povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem os destinos da nação. O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos humanos fundamentais, do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado. Assim, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho, "a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva:

(1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)".[10]

Como sintetiza Miguel Ángel Ekmekdjian[11], o homem para poder viver em companhia de outros homens, deve ceder parte de sua liberdade primitiva que possibilitará a vida em sociedade. Essas parcelas de liberdades individuais cedidas por cada um de seus membros ao ingressar em uma sociedade, se unificam, transformando-se em poder, o qual é exercido por representantes do grupo. Desta forma, o poder e a liberdade são fenômenos sociais contraditórios, que tendem a anular-se reciprocamente, merecendo por parte do Direito uma regulamentação, de forma a impedir tanto a anarquia quanto a arbitrariedade. Nesse contexto, portanto, surge a Constituição Federal que, além da organização da forma de Estado e os poderes que exerceram as funções estatais, igualmente consagra os direitos fundamentais a serem exercidos pelos indivíduos, principalmente, contra eventuais ilegalidades e arbitrariedades do próprio Estado.

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas sim a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.

Como ressaltado por Afonso Arinos, "não se pode separar o reconhecimento dos direitos individuais da verdadeira democracia. Com efeito, a idéia democrática não pode ser desvinculada das suas origens cristãs e dos princípios que o Cristianismo legou à cultura política humana: o valor transcendente da criatura, a limitação do poder pelo Direito e a limitação do Direito pela justiça. Sem respeito à pessoa humana não há justiça e sem justiça não há Direito".[12]

O respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, é pilastra mestra na construção de um verdadeiro Estado de Direito democrático. Como bem salientou o Min. Marco Aurélio, "reafirme-se a crença no Direito; reafirme-se o entendimento de que, sendo uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este aquele, advindo a almejada segurança jurídica da observância do ordenamento normativo. O combate ao crime não pode ocorrer com atropelo

[10] *CANOTILHO, J. J. Gomes.* Direito constitucional. *Coimbra: Almedina, 1993. p. 541. No mesmo sentido: BARILE, Paolo.* Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. *Bologna: Il Molino, 1984. p. 13.*
[11] *EKMEKDJIAN, Miguel Ángel.* Tratado de derecho constitucional. *1t. Depalma: Buenos Aires, 1993. p. 05-07*
[12] *ARINOS, Afonso.* Curso de direito constitucional brasileiro. *v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 188.*

da ordem jurídica nacional, sob pena de vir a grassar regime totalitário, com prejuízo para toda a sociedade".[13]

A previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à *dignidade humana* em seu sentido mais amplo.

4. Direito ao silêncio - Consagração constitucional

A Constituição de 1988 determinou que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado[14], sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

O preso, igualmente, tem o direito de saber os motivos de sua prisão, qual a identificação das autoridades ou agentes da autoridade policial que estão efetuando sua privação de liberdade, para que possam ser responsabilizadas por eventuais ilegalidades e abusos, além de poder contatar sua família e, eventualmente, seu advogado, indicando o local para onde está sendo levado.

Além disso, deverá, obrigatoriamente, ser informado sobre seu direito constitucional de *permanecer em silêncio*, e que, o exercício desse direito não lhe acarretará nenhum prejuízo.[15]

O direito de permanecer em silêncio, constitucionalmente consagrado, seguindo orientação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prevê em seu art. 8°, § 2°, "g" *o direito a toda pessoa acusada de delito não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada*[16], apresenta-se como verdadeiro complemento aos princípios do *due process of law* e da ampla defesa, garantindo-se dessa forma ao acusado, não só o direito ao *silêncio puro*, mas também o direito a prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado, uma vez que não se conhece em nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio. Além disso, o silêncio do réu no interrogatório jamais poderá ser considerado como confissão ficta[17], pois o silêncio não pode ser interpretado em desfavor do acusado.[18]

Assim, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela impossibilidade de prejuízo do réu pelo seu silêncio, afirmando que "o fato do Juiz da causa ter advertido o paciente de que seu silêncio poderia prejudicá-lo, é irrelevante, na medida em que, se calado tivesse ele ficado, tal situação em nada poderia agravá-lo, sendo o silêncio, hoje, constitucionalmente protegido".[19]

---

[13] *STF - 2ª T - HC n° 74639-0/RJ - rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, 31 out 1996.*

[14] *Cf. excelentes estudos sobre as declarações do acusado e o direito ao silêncio: GOMES F°, Antonio Magalhães.* Direito à prova no processo penal. *São Paulo: RT, 1997. p. 110 - 114* e *GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio.* Ciência Penal. *vol. 1. p. 15-31.*

[15] *Conferir sobre a Impossibilidade de condenação ser baseada em silêncio do réu no ato do interrogatório: TJ/SP - relator: Celso Limongi, Apelação criminal n° 149.145-3 - Taubaté - d. 14.07.94.*

[16] *Nesse sentido: STF - 1ª T - HC n° 69.818/SP - rel. Min. Sepulveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 27 nov 1992, p. 22302.*

[17] *RJDTACrim, 25/173.*

[18] *STJ - Ementário, 10/671; RJDTACrim, 28/215.*

[19] *STJ - 6ª T - HC nº 2.571-7/PE - rel. Min. Pedro Acioli - Ementário, 10/671.*

Percebe-se, portanto, que a cláusula constitucional brasileira mostra-se mais generosa em relação ao silêncio do acusado do que a tradicional previsão do direito norte-americano do *privilege against self-incriminatio*, descrita na 5ª Emenda à Constituição, de seguinte teor: "...ninguém poderá ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo..."; pois essa, apesar de permitir o silêncio do acusado, não lhe permite fazer declarações falsas e inverídicas, sob pena de responsabilização criminal.

Em relação à amplitude do direito ao silêncio, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que "Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. *Nemo tenetur se deteger*. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal, e nesse direito ao silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal".[20]

Ocorre, porém, que apesar da maior amplitude e generosidade do legislador pátrio é flagrante o desrespeito prático a essa norma constitucional, acarretando diversas críticas doutrinárias. Assim, salienta Wolgran Junqueira Ferreira que "como aqui a prisão é seguida de agressões, não sabemos se o preso, em primeiro lugar, irá apanhar, e depois ouvir o dispositivo constitucional, ou se primeiro escuta atentamente seus direitos e depois vai para o "pau de arara"[21]. No mesmo sentido, Antonio Magalhães ensina que: "Mas, apesar da forma clara e incisiva com que esse direito é reconhecido entre nós, sua aplicação prática parece longe de ser uma realidade, especialmente diante de uma rotina policial voltada à obtenção de confissões a todo custo, em relação à qual os tribunais não tiveram ainda oportunidade de contrapor, com firmeza, a força do preceito constitucional".[22]

Ressalte-se que a garantia ao silêncio do acusado foi consagrada no histórico julgamento norte-americano "*Miranda v. Arizona*", em 1966, onde a Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, afastou a possibilidade de utilização como meio de prova de interrogatório policial quando não precedido da enunciação dos direitos do preso, em especial, "você tem o direito de ficar calado" (*you have the righ do remain silente*...), além de consagrar o direito do acusado em exigir a presença imediata de seu advogado[23].

[20] *STF - 1ª T - HC n° 68929/SP - rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 28 ago 1992, p. 13453.*
[21] *FERREIRA, Wolgran Junqueira.* Direitos e garantias individuais. *Bauru: Edipro, 1997. p. 447*
[22] *GOMES Fº, Antonio Magalhães.* Direito à prova no processo penal. *São Paulo: RT, 1997. p. 113.*
[23] *Conforme destacou o Superior Tribunal de Justiça, "No mundo jurídico, tornou-se internacionalmente conhecido o caso "Miranda v. Arizona", julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1966: o custodiado tem o direito de ficar em silêncio quando de seu interrogatório policial e deve ser advertido pela própria polícia que tem direito, antes de falar, de comunicar-se com seu advogado ou com seus familiares. A própria Constituição brasileira de 1988 consagra tal cláusula como* direito fundamental *(art. 5º, incs. LXII e LXIII, § 2º)" (6ª T - RHC nº 4.582-0/RJ - rel. Min. Adhemar Maciel - Ementário, 15/683).*

A expressão "*preso*" não foi utilizada pelo texto constitucional em seu sentido técnico, pois o presente direito tem como titulares todos aqueles, acusados ou futuros acusados (por ex.: testemunhas, vítimas), que possam eventualmente ser processados ou punidos em virtude de suas próprias declarações[24].

Comentando o *direito ao silêncio,* Antonio Magalhães expõe que "o direito à não autoincriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional".[25]

Observe-se, contudo, que apesar da consagração ao direito ao silêncio, não existirá inconstitucionalidade no fato da legislação ordinária prever um benefício legal à confissão voluntária do agente de infração penal. O direito constitucionalmente garantido do acusado *permanecer em silêncio* não é afastado pela confissão espontânea do agente, mas sim, garantido pela discricionariedade que a Carta Magna lhe confere entre confessar ou calar-se. Desta forma, plenamente possíveis eventuais previsões infraconstitucionais de espécies de delações premiadas ou mesmo atenuantes genéricas, onde a confissão espontânea do agente criminoso, mediante alguns requisitos, propiciar-lhe-á uma melhora em sua situação penal. Nesse mesmo sentido orienta-se a doutrina e jurisprudência espanhola, conforme se verifica em julgados do Tribunal Constitucional espanhol noticiados por Francisco Rubio Llorente.[26]

5. Comissões Parlamentares de Inquérito - Função fiscalizatória do Poder Legislativo

O exercício da função típica do Poder Legislativo consistente no controle parlamentar, por meio de fiscalização, pode ser classificado em *político-administrativo* e *financeiro-orçamentário.* Pelo primeiro controle, o Legislativo poderá questionar os atos do Poder Executivo, tendo acesso ao funcionamento de sua máquina burocrática, a fim de analisar a gestão da coisa pública e, conseqüentemente, tomar as medidas que entenda necessárias.

Para tanto, inclusive, a Constituição Federal autoriza a criação de comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, e serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de

[24] *Analisando o interrogatório como meio de prova e o direito ao silêncio, afirmou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tratar-se de "Garantia de liberdade e de Justiça ao indivíduo. Hipótese em que o réu, sujeito da defesa, não tem a obrigação nem o dever de fornecer elementos de prova que o prejudiquem. Ainda que se quisesse ver no interrogatório um meio de prova, só o seria em sentido meramente eventual, em face da faculdade dada ao acusado de não responder, conforme art. 5°, LXIII, da Constituição da República" (Rel. Euclides de Oliveira, Apelação Criminal n° 136.167-1 - Moji-Guaçu, decisão 31-1-92).*

[25] *GOMES F°, Antonio Magalhães.* Direito à prova no processo penal. *São Paulo: RT, 1997. p. 114.*

[26] *LLORENTE, Franciso Rubio.* Derechos fundamentales y principios constitucionales. *Barcelona: Ariel, 1995. p. 353-354.*

fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores (CF, art. 58, § 3°).

Ressalte-se que a locução *prazo certo*, prevista no § 3° do art. 58 da Constituição, conforme jurisprudência do STF[27], não impede prorrogações sucessivas dentro da legislatura, nos termos da Lei n° 1.579/52[28].

O Supremo Tribunal Federal analisando os poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito acentuou a obrigatoriedade de prestação de depoimentos de testemunhas devidamente convocadas, bem como a possibilidade de prisão em flagrante delito por falso testemunho[29].

Nesse mesmo sentido e em relação aos poderes investigatórios das CPIs, entendeu o Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de suspensão de segurança, que "não emerge, no nosso ordenamento jurídico, a impossibilidade da comissão parlamentar de inquérito, regularmente constituída, convocar cidadãos, sob pena de condução coercitiva, para prestarem esclarecimentos a respeito de fatos diretamente relacionados à matéria objeto da investigação. E, exatamente para legitimar tal atuação, dotou o Constituinte as comissões parlamentares de inquéritos de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais"[30]. Essa decisão monocrática foi confirmada por votação unânime em Sessão Plenária do Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que ficou salientado que "a manutenção da liminar, dispensando os impetrantes de prestarem esclarecimentos perante a Comissão Parlamentar de Inquérito, cerceia a atividade fiscalizadora que exerce o Poder Legislativo sobre os negócios que digam respeito à gestão da coisa pública, como é o caso da atividade que gira em torno de certas modalidades de jogos de azar, excepcionalmente admitidos pelo nosso ordenamento jurídico"[31].

6. Conclusão

Como, porém, compatibilizar-se o poder investigatório das CPIs com o direito ao silêncio, constitucionalmente garantido aos investigados, que os impedem de serem obrigados a produção de provas contra si mesmo, pois, lembremo-nos, são duas normas de mesmo *status* constitucional.

Os vários estudos sobre direitos humanos fundamentais sempre tiveram como ponto de partida a necessidade de consagração de um rol de liberdades públicas tendentes a limitar a possibilidade de ingerência do Poder estatal na vida do cidadão. Essas idéias, conforme

[27] *RTJ 163/176.*
[28] *STF - Pleno - HC n° 71.231/RJ - Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 31 out. 1996, p. 42.014.*
[29] *STF - HC n° 75.287-0/DF - medida liminar - Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 30 abr. 1997, p. 16.302.*
[30] *Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Dirceu de Mello, Suspensão de Execução de medida liminar n° 48.640.0/1 (31-3-1998).*
[31] *TJ/SP - Órgão Especial - Agravo regimental n° 48.640-0/3-01 - Rel. Des. Dirceu de Mello, decisão: 29-4-98.*

análise anterior, encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo, pois nos Estados onde o respeito à efetividade dos direitos humanos fundamentais não for prioridade, a verdadeira Democracia inexiste, como ensina Norberto Bobbio, ao afirmar que *sem respeito às liberdades civis, a participação do povo no poder político é um engano, e sem essa participação popular no poder estatal, as liberdades civis têm poucas probabilidades de durar*[32].

Dessa forma, o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como *direitos humanos fundamentais.*

Os direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à *dignidade humana*, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Ora, a questão essencial em relação à necessária interpretação constitucional que compatibilize o direito ao silêncio do investigado e o poder fiscalizador das Comissões Parlamentares de Inquérito deve pautar-se pela indagação sobre as tarefas e os objetivos da Constituição Federal, que dentre outros, podem ser destacados o de justiça, equidade, equilíbrio de interesses, resultados satisfatórios, razoabilidade, praticabilidade e segurança jurídica[33].

A conduta das Comissões Parlamentares de Inquérito deve, portanto, *equilibrar* os interesses investigatórios, certamente de grande interesse público, com as garantias constitucionalmente consagradas, preservando a *segurança jurídica* e utilizando-se dos meios jurídicos mais *razoáveis* e *práticos* em busca de *resultados satisfatórios* garantindo a plena *efetividade da justiça*, sob pena de desviar-se de sua finalidade constitucional.

Há, portanto, necessidade de direcionar-se todas as regras hermenêuticas para garantir-se a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos fundamentais perante as Comissões Parlamentares de Inquérito, inclusive compatibilizando-se as lições de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse, ambos concordes na supremacia hierárquica da Constituição, e em seu caráter informador de todo o ordenamento jurídico, no sentido de que, se em sua gênese a Constituição de um país é *"a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação"*[34], após a sua edição, *"graças ao elemento normativo,*

[32] *BOBBIO, Norberto.* Igualdade y libertad. *Barcelona: Paidós, 1993. p. 117.*
[33] *HÄBERLE, Peter.* Hermenêutica constitucional. *Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p. 11.*
[34] *LASSALLE, Ferdinand.* A essência da constituição (Uber das Verfassungswesen). *3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995. p. 37.*

ela ordena e conforma a realidade política e social"[35].

Portanto, as previsões constitucionais, e em especial na presente hipótese o *direito ao silêncio*, de maneira a não se poder forçar o investigado a produzir provas contra si mesmo, em respeito ao *princípio da dignidade humana*, definido como objeto de proteção dos direitos humanos fundamentais e um dos princípios fundamentais da República, não são meros enunciados teóricos desprovidos de coercibilidade jurídica. Muito pelo contrário, a Constituição possui supremacia incondicional em relação a todo ordenamento jurídico e força normativa inquestionável, devendo suas previsões servirem de princípios informadores obrigatórios na atuação do Poder Público, no âmbito de todos os Poderes de Estado.

Somente com o pleno respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana poderemos almejar a conquista da verdadeira "liberdade", projeto maior de um Estado Democrático de Direito, no exato sentido que lhe empresta a definição de Roscoe Pound, para quem liberdade consiste *na reserva, para o indivíduo, de certas expectativas fundamentais razoáveis que entendem com a vida na sociedade civilizada e liberação em relação ao exercício arbitrário e desarrazoado do poder e da autoridade por parte daqueles que são nomeados ou escolhidos em sociedade politicamente organizada com o objetivo de ajustar relações e ordenar a conduta e se tornam, dessa maneira, capazes de aplicar a força dessa sociedade aos indivíduos"*[36].

Sem respeito à dignidade da pessoa humana não haverá Estado de Direito, desaparecendo a participação popular nos negócios políticos do Estado, quebrando-se o respeito ao princípio da soberania popular, que proclama todo o poder emanar do povo, com a conseqüência nefasta do fim da Democracia.

Exige-se, pois, que o Poder Público, em todas suas áreas de atuação, seja na distribuição da Justiça, seja na fiscalização realizada pelo Poder Legislativo, inclusive por meio de Comissões Parlamentares de Inquéritos, seja na elaboração de leis e atos normativos, ou ainda, na gerência pública da saúde, educação, cultura, alimentação, trabalho, segurança, paute-se pelo pleno respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas e perda da legitimidade popular que sustenta seus cargos e mandatos políticos.

7. Bibliografia

1. *ARINOS, Afonso.* Curso de direito constitucional brasileiro. *v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1958.*

2. *BARBOSA, Rui.* Obras completas de Rui Barbosa - trabalhos diversos. *Rio de Janeiro: Secretaria da Cultura, 1991, vol. XL-1913. Tomo VI.*

[35] *HESSE, Konrad.* A força normativa da constituição (Die normative kraft der verfassung). *Porto Alegre: Sergio Fabris, 1981. p. 24.*
[36] *POUND, Roscoe.* Liberdades e garantias constitucionais. *2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 05.*

3. *BARILE, Paolo.* Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. *Bologna: Il Molino, 1984.*

4. *BOBBIO, Norberto.* Igualdade y libertad. *Barcelona: Paidós, 1993.*

5. *CANOTILHO, J. J. Gomes.* Direito constitucional. *Coimbra: Almedina, 1993.*

6. *CASTRO, J. L. Cascajo, LUNÕ, Antonio-Enrique Pérez, CID, B. Castro, TORRES, C. Gomes.* Los derechos humanos: significacion, estatuto jurídico y sistema. *Sevilha: Universidad de Sevilha, 1979.*

7. *CORRÊA. Maurício.* O ministério da justiça na defesa da cidadania. *Direitos humanos - Arquivos do Ministério da Justiça n° 48.*

8. *EKMEKDJIAN, Miguel Ángel.* Tratado de derecho constitucional. *Buenos Aires: Depalma, 1993.*

9. *FERREIRA, Wolgran Junqueira.* Direitos e garantias individuais. *Bauru: Edipro, 1997*

10. *GOMES F°, Antonio Magalhães.* Direito à prova no processo penal. *São Paulo: RT, 1997.*

11. *GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio.* Ciência Penal. *vol. 1.*

12. *HÄBERLE, Peter.* Hermenêutica constitucional. *Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.*

13. HESSE, Konrad. A força normativa da constituição *(*Die normative kraft der verfassung). *Porto Alegre: Sergio Fabris, 1981.*

14. *LASSALLE, Ferdinand.* A essência da constituição (Uber das Verfassungswesen). *3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.*

15. *LLORENTE, Franciso Rubio.* Derechos fundamentales y principios constitucionales. *Barcelona: Ariel, 1995.*

16. *MIRANDA, Jorge.* Textos históricos do direito constitucional. *2.ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1990.*

17. *MODERNE, Frank.* La dignité de la persone comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976 - Jorge Miranda (coord.). Coimbra: Coimbra, 1996.*

18. *POUND, Roscoe.* Liberdades e garantias constitucionais. *2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976.*

19. *TOBEÑAS, José Castan.* Los derechos del hombre. *Madrid: Editorial Reus, 1976.*

20. *UNESCO.* Les dimensions internationales des droits de l'homme. *Unesco: 1978.*

A Justiça Militar na Itália.

Alfio Massimo Nicolosi
Presidente da Corte Militar de Apelação da Itália

A Constituição Italiana, além da jurisdição ordinária, estabelece três tipos de jurisdição especial. O artigo 103 da Constituição, com efeito, no seu parágrafo primeiro prevê a justiça administrativa (T.A.R e Conselho de Estado), no segundo parágrafo prevê a justiça de contas (Tribunal de Contas) e no terceiro parágrafo a justiça militar.

Após a reforma advinda com a lei de 7- 5 - 1981 nº 180, compõem hoje a jurisdição militar italiana 9 Tribunais Militares (no Norte, os de Torino, Verona e Padova; no Centro, os de La Spezia, Roma e Cagliari e, no Sul, os de Napoli, Bari e Palermo). Perante cada um desses Tribunais existe um Ofício do Juiz designado para realizar as investigações preliminares e aquele do Juiz que preside as audiências preliminares, além de um Ofício do Ministério Público Militar.

Contra as sentenças dos Tribunais Militares (ou das decisões dos Juízes de investigação ou de audiência preliminares) cabe recurso à Corte Militar de Apelação, ou, quando invocados preceitos de legitimidade (competência), e só nestes casos, à Corte de Cassação.

A Corte Militar de Apelação é única para todo o território nacional, mas é dividida em duas Seções separadas: uma fica em Nápoles (que julga os recursos propostos contra as sentenças proferidas pelos Tribunais Militares do Sul); e outra em Verona (que julga os recursos propostos contra as sentenças proferidas pelos Tribunais Militares do Norte).

Os juízes de investigação preliminar e de audiência preliminar são Juízes-Auditores que atuam monocraticamente.

Os Tribunais Militares e a Corte Militar de Apelação são órgãos colegiados mistos. O colegiado dos Tribunais Militares é composto por 3 membros, sendo um o Presidente (Juiz-Auditor de apelação com funções de direção) e dois Juízes (um Juiz-Auditor e um Oficial de qualquer uma das Forças Armadas).

A Corte Militar de Apelação é composta por 5 membros, sendo um o Presidente (Juiz-Auditor que integra a Corte de Cassação e é designado para exercer as funções superiores de direção) e 4 Juízes, dos quais dois são Auditores e dois são Oficiais, com patente não inferior à de Tenente-Coronel.

As Seções da Corte Militar de Apelação também são compostas por 5 membros. São normalmente presididas por um Presidente de Seção (Juiz da Corte de Cassação) e compostas

por 4 Juízes da mesma forma que a Corte Militar de Apelação. O Presidente dessa Corte pode, se quiser, no entanto, presidir as diferentes Seções em uma ou mais sessões de julgamento.

Os oficiais militares que exercem os cargos de juízes perante os Tribunais Militares, perante a Corte Militar de Apelação ou perante às seções desta última, ficam no cargo cerca de 2 meses. São oficiais de qualquer patente se funcionarem junto aos Tribunais Militares e, no mínimo, Tenentes-Coronéis, se funcionarem junto à Corte Militar de Apelação ou junto às suas Seções. Devem ser, de toda forma, de patente quanto menos igual àquela do réu.

Contra as sentenças da Corte Militar de Apelação é possível recorrer-se à Corte de Cassação, a qual, contudo, não exerce a jurisdição militar, sendo esta, como é, mera jurisdição ordinária que controla a legitimidade das decisões adotadas tanto pelos juízes da jurisdição ordinária como da jurisdição militar.

Os Juízes-Auditores têm as mesmas garantias de independência estabelecidas para os juízes da justiça comum. Existe um Conselho da Magistratura Militar, composto por nove membros (o Primeiro-Presidente da Corte de Cassação, que o preside, o Procurador-Geral Militar junto à Corte de Cassação, que é membro nato, dois membros indicados de comum acordo pelo Presidente do Senado e da Câmara dos Deputados e 5 Juízes-Auditores eleitos por todos os Juízes-Auditores), Conselho esse que indica as funções que os Juízes Militares irão exercer, que lhes confere os encargos de direção e que, se for necessário, contra os mesmos procede disciplinarmente.

O artigo 103, § 3º, da Constituição Italiana estabelece rigorosos limites subjetivos e objetivos à competência da jurisdição militar em tempos de paz. Os Tribunais Militares, com efeito, em tempos de paz, somente têm competência para julgar "os crimes militares cometidos pelos membros pertencentes às Forças Armadas".

O conceito de membro pertencente às Forças Armadas, após inúmeras interpretações divergentes, está hoje esclarecido, através de decisão da Corte Constitucional, no sentido de considerar como tais apenas os militares em serviço ou considerados em serviço (isto é, de acordo com o artigo 5º do Código Penal Militar em tempos de paz, os Oficiais ou Sub-Oficiais que estejam de licença; Oficiais suspensos temporariamente do serviço; o militar que tenha sido afastado irregularmente, o que tenha desertado ou seja insubmisso, militares em serviço ou da reserva que se encontrem presos ou aguardando julgamento, ou, ainda, cumprindo pena junto a prisões militares).

O conceito de "crime militar" variou muito no tempo. Com efeito, em 1941, época da promulgação dos Códigos Penais Militares, tal conceito abrangia não só os delitos neles tipificados, mas também qualquer outro delito previsto no Código Penal Comum, desde que cometido a dano do serviço militar, da administração militar, de outros militares desde que em lugares sujeitos à administração militar ou em razão do serviço militar; com abuso

da qualidade de militar ou no cumprimento do serviço militar.

Uma reforma realizada em 1956 limitou o conceito de crime militar àqueles crimes previstos apenas nos códigos penais militares.

Uma jurisdição muito mais ampla é estabelecida, contudo, para os crimes praticados em tempo de guerra e abrange qualquer delito cometido por militares em territórios declarados em estado de conflagração; crimes militares cometidos por civis em territórios declarados em estado de guerra; crimes de qualquer tipo cometidos por quem quer seja dos quais possam derivar prejuízos ou danos às operações militares ou ao desenvolvimento da guerra; crimes cometidos pelos prisioneiros de guerra ou por membros das Forças Armadas contra as leis e os usos que estabelecem os regramentos que devem ser utilizados em tempos de guerra.

Projeta-se ampliação das regras de Direito Humanitário nos casos de participação de força internacional

Durante o ano de 2002, e nos primeiros meses de 2003, o Ministro da Defesa nomeou uma Comissão composta por Juízes-Auditores (entre os quais o signatário), professores universitários, juízes da Justiça Comum, Oficiais militares, além do consultor jurídico do Ministro e do Chefe de Gabinete legislativo do Ministério da Defesa para preparar e apresentar um projeto de lei delegada para a reforma dos códigos penais militares.

Tal projeto, que em breve será levado para o exame do Parlamento italiano, prevê importantes inovações.

Antes de tudo, o conceito de crime militar é estendido a numerosos crimes comuns, retornando-se substancialmente aos princípios contidos no Código Penal Militar de 1941, antes de sua modificação ocorrida em 1956.

Outro ponto relevante está contido na predisposição de se estabelecer novas regras destinadas a disciplinar de maneira autônoma (e, portanto, de forma diferente daquilo que está estabelecido nos códigos militares em tempo de paz e em tempo de guerra), os delitos cometidos no curso de operações militares no exterior, quando comportarem a existência de conflitos armados.

É importante lembrar que os delitos cometidos em infringência às leis e aos usos e costumes da guerra (o assim chamado direito humanitário), que a Itália os tinha previstos desde 1941, limitadamente, contudo, a sua aplicação tão somente em tempos de guerra, seria agora estendido também nas hipóteses de conflitos armados (ou seja, também nos casos em que não há guerra declarada ou nos casos em que o país participa de forças internacionais em estado estrangeiro - nota do tradutor).

Mudanças significativas também foram introduzidas no projeto em relação ao direito processual, que, substancialmente, baseia-se no código processual penal comum, bem

como modificações foram introduzidas na organização judiciária militar.

É evidente que, em caso de aprovação dessa lei delegada, a justiça militar terá, na Itália, um papel ainda mais importante e significativo, garantindo, igualmente, a aplicação do direito humanitário em qualquer hipótese de conflito armado.

Tradução: Alexandre Concesi
Subprocurador-Geral de Justiça Militar

Anexo

La Giustizia Militare in Italia

Artigo Original

Alfio Massimo Nicolosi
Presidente della Corte Militare di Appello di Italia

La Costituzione italiana pone accanto al giudice ordinario tre giurisdizioni speciali. L'art. 103 Cost. infatti nel primo comma prevede la giustizia amministrativa (T.A.R. e Consiglio di Stato), nel secondo comma prevede la giustizia contabile (Corte dei Conti) e nel terzo comma la giustizia militare.

A seguito della riforma avutasi com la legge 7 – 5 – 1981 n. 180 oggi esercitano la giurisdizione militare 9 Tribunali militari (nel Nord quelli di Torino, Verona e Padova; nel Centro quelli di La Spezia Roma e Cagliari e nel Sud quelli di Napoli, Bari e Palermo). Presso ogni Tribunale è costituito un ufficio del Giudice per indagini preliminari e quello del Giudice dell'udienza preliminare, nonché un ufficio del Pubblico Ministero Militare.

Avverso le sentenze dei Tribunali militari (o quelle dei G.S.P. e G.U.P. in caso di procedimenti speciali) è possibile l'impugnazione alla Corte militare di appello, o, solo per motivi di legittimità, alla Corte di Cassazione.

La Corte militare di appello è unica per tutto il territorio nazionale, ma ha due sezioni distaccate, l'una a Napoli (che giudica gli appelli avverso le sentenze emesse dai T.M. del Sud) e l'altra a Verona (che giudica gli appelli avverso le sentenze emesse dai T.M. del Nord).

Il G.I.P. e il G.U.P. sono giudici monocratici e sono magistrati militari. I Tribunali militari e la Corte militare di appello in composizione collegiale e mista. Il collegio dei Tribunali militari è composto da tre membri, e precisamente il Presidente (magistrato militare di appello con funzioni direttive) e due giudici (uno magistrato militare e l'altro ufficiale di una qualsiasi forza armata). La Corte militare di appello giudica con l'intervento di 5 membri e precisamente il Presidente (magistrato militare di Cassazione nominato alle funzioni direttive superiori) e 4 giudici, di cui due magistrati militari e due ufficiali con grado non inferiore a Tenente Colonnello.

Anche le sezioni della Corte militare di appello giudicano com l'intervento di 5 membri. Sono normalmente presiedute da un presidente di sezione (magistrato di cassazione) e da 4 giudici così come la Corte, ma il Presidente della Corte può, se vuole, presiedere le sezioni distaccate per una o per più udienze.

Gli ufficiali d'arma destinati a svolgere funzioni di giudice presso i Tribunali o presso la Corte militare di appello o presso le Sezioni

distaccate di questi sono estratti a sorte dal Presidente del Tribunale, della Corte o della Sezione e durano in carica 2 mesi. Sono Ufficiali di qualsiasi grado presso i Tribunali militari e almeno Tenenti Colonnelli presso la Corte o Sezione distaccata di questi. Debbono in ogni caso avere grado almeno pari a quello dell'imputato.

Avverso le sentenze della Corte militare di appello è possibile il ricorso per Cassazione, ma la Corte di Cassazione non è giudice militare, bensì è giudice ordinario che si occupa del controllo della legittimità dei provvedimenti adottati dai giudici ordinari e militari.

I magistrati militari hanno le medesime garanzie di indipendenza previste per i magistrati ordinari. Esiste un Consiglio della Magistratura militare, composto da nove membri (dal Primo Presidente della Corte di Cassazione, che lo presiede, dal Procuratore Generale Militare presso la Corte di Cassazione che è membro di diritto, da due laici nominati di concerto dai Presidenti del Senato e della Camera dei deputati e da 5 magistrati militari eletti da tutti i magistrati militari) che assegna alle funzioni i magistrati militari, che conferisce loro glui incarichi direttivi e che, ove ne ricorrano gli estremi, procedere nei loro confronti disciplinarmente.

L'art. 103 comma 3 della Costituzione pone rigorosi limiti soggettivi e oggettivi alla giurisdizione militare in tempo di pace. I Tribunali militari in tempo di pace hanno infatti "soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze Armate".

Il concetto di appartenenza alle Forze Armate, dopo interpretazioni molto diverse, oggi è stato chiarito da sentenza della Corte Costituzionale nel senso che siano tali solo i militari in servizio e quelli considerati in servizio (e cioè, ai sensi dell'art. 5 del codice penale militare di pace Ufficiali o Sottufficiali in aspettativa; ufficiali sospesi dall'impiego; militare in stato di allontanamento illecito, diserzione o mancanza alla chiamata; militari in servizio o in congedo che si trovino detenuti o in attesa di giudizio o in espiazione della pena presso carceri militari).

Il concetto di "reato militare" è molto variato nel tempo. Infatti nel 1941, all'epoca della promulgazione dei codici penali militari, abbracciava non solo i reati indicati nei codici penali militari ma anche ogni altro reato previsto dal codice penale comune se commesso a danno del servizio militare, dell'amministrazione militare, di altri militari purchè in luoghi militari o a causa del servizio militare; con abuso della qualità di militare o nell'adempimento di un servizio militare, una riforma verificatasi nel 1956 ha limitato il concetto di reato militare solo per i reati previsti nei codici penali militari.

Una giurisdizione molto più ampia è prevista per il tempo di guerra e abbraccia qualsiasi reato commesso da militari in territori dichiarati in stato di guerra; reati militari commessi da civili in territori dichiarati in stato di guerra; reati di qualsiasi genere commessi da chiunque e da cui possa derivarne nocumento alle operazioni militari o alla condotta della guerra; reati commessi da prigionieri di guerra e reati

commessi da appartenenti alle Forze Armate nemiche contro le leggi e gli usi di guerra.

Nel corso dell'anno 2002 e nei primi mesi dell'anno 2003 il Ministro della difesa ha nominato una Commissione composta da magistrati militari (tra i quali il sottoscritto), professori universitari, magistrati ordinari, Ufficiali, nonché il consulente giuridico del Ministro e il capo dell'ufficio legislativo del Ministero della difesa per predisporre un progetto di legge delega per la riforma dei codici penali militari.

Tale progetto che tra breve sarà portato all'esame del parlamento, prevede importanti innovazioni.

Anzitutto il concetto di reato militare viene esteso a numerosi reati comuni, ricalcando sostanzialmente i principi contenuti nel codice penale militare del 1941 prima della modifica del 1956.

Altro aspetto rilevante è dato dalla prediposizione di nuove norme volte a disciplinare in modo autonomo (e quindi in modo difforme rispetto a quanto previsto dal codice di pace o dal codice di guerra); reati commessi nel corso di operazioni militari all'estero che comportino l'esistenza di conflitti armati.

È importante ricordare che i delitti contro le leggi e gli usi della guerra (il così detto diritto umanitario) che l'Italia aveva previsto sin dal 1941 ma limitandone l'applicazione solo nell'ipotesi di tempo di guerra, viene ora esteso anche alle ipotesi dei conflitti armati.

Significative modifiche sono state introdotte anche al diritto processuale, che sostanzialmente ricalca quello comune, e all'ordinamento giudiziario militare.

È palese che in caso di approvazione del progetto di legge delega la giustizia militare avrà in Italia un più importante e significativo ruolo, garantendo anche l'applicabilità del c.d. diritto umanitario in ogni ipotesi di conflitto armato.

Papel e poderes do comandante em questões relativas à Justiça Militar na Turquia[1].

Juiz Capitão Önder Basoğul
Assistente do Procurador Militar Chefe da Turquia

Eu gostaria de fornecer uma breve explicação sobre o sistema de Jurisdição Militar Turco a fim de tornar nosso assunto sobre "Papel e poderes do comandante em questões relativas à Justiça Militar na Turquia" mais fácil de entender.

No sistema de Jurisdição Militar Turco há dois tipos de tribunais militares. O judiciário militar é executado pelos tribunais militares e pelas cortes disciplinares.

De acordo com a lei estabelecida nos tribunais militares, os tribunais militares (exceto no tribunal do estado-maior que, no caso de julgamento de generais e almirantes, consiste de cinco membros), em tempo de paz, são formados por dois juízes militares e um oficial de combate.

É exigido que o oficial tenha pelo menos patente de capitão, deve pertencer ao setor de combate do exército, não deve ter sido condenado por nenhum delito grave exceto por conduta negligente, não deve estar subordinado ao acusado e nem deve ser seu superior imediato durante o período do julgamento.

O oficial é escolhido para atuar pelo período de um ano, impreterivelmente, todo mês de Dezembro pelo comandante ou pelo chefe da instituição à qual pertence o tribunal militar e deve ser escolhido entre os membros daquele tribunal.

Foi autorizado que apenas um juiz da "corporação jurídica militar" possa se encarregar de alguns crimes de menor importância e de alguns militares de patente mais baixa que hajam sido acusados.

De acordo com a lei, os tribunais militares devem ser instituídos a partir do nível da corporação e daí para cima.

Em cada tribunal militar há um oficial da procuradoria militar.

Tanto o tribunal militar quanto a procuradoria militar têm seus próprios gabinetes.

Juízes e Procuradores Militares usam farda e têm patentes na estrutura do Ministério da Defesa.

O Ministro da Defesa é a principal e única autoridade para decidir se um tribunal militar deve ou não ser instituído numa determinada unidade.

Também as áreas de competência judicial dos tribunais militares são determinadas pelo Ministro da Defesa.

[1] *Palestra realizada em Budapeste/Hungria, na 6ª Conferência Internacional de Direito Militar e Direito da Guerra (14-18 de junho de 2003).*

A Corte Militar de Apelação é o mais alto tribunal na jurisdição militar. Contra todas as decisões da Corte podem ser impetrados recursos junto à Corte Militar de Apelação por parte do acusado, do procurador, do interventor, do advogado ou do comandante. À Corte Militar de Apelação cabe a palavra final sobre qualquer decisão sobre o recurso.

As sentenças da corte são executadas pela procuradoria.

Se um militar comete um crime militar, um crime contra outro militar, um crime em área militar ou se o crime é resultado de uma missão ou tarefa militar, os tribunais militares têm competência para acusá-lo e julgar o caso.

A Corte Militar de Apelação é a mais alta instância da Justiça Militar da Turquia

O segundo tipo de cortes militares, os tribunais disciplinares são para julgar conduta negligente. Existe um total de quinze (15) condutas negligentes claramente definidas e listadas no código. Estes tribunais são estabelecidos pelo menos no quartel-general do regimento. Um tribunal disciplinar é composto de três (3) membros e um oficial disciplinar. Os membros deste tribunal são escolhidos pelo comandante, de acordo com os fundamentos do caso. O oficial disciplinar funciona como procurador em nome do comandante.

A partir da companhia e deste nível para cima, todo oficial em linha de comando tem o direito assegurado por lei de determinar penas disciplinares a seus subordinados. As regras e procedimentos deste sistema estão claramente descritos no Código Penal Militar.

Após esta explicação, agora tentarei explicar o papel e os poderes do comandante em nosso sistema.

Podemos relacionar as atribuições do comandante como a seguir:

a. O direito de abrir um inquérito. (de acordo com o artigo 95/3 do código nº 353) o comandante encaminha o processo para o Procurador Militar para a abertura de inquérito caso ele conclua que um crime pode ter sido cometido.

b. O direito de requerer a prisão do acusado; (de acordo com o Art. 3 do código nº 353) o comandante também tem o direito de requerer prisão. O procurador pode não concordar com esta solicitação, mas é responsável por encaminhá-la ao tribunal militar.

c. O direito de discordar de uma decisão de prisão ou rejeição de prisão junto ao tribunal militar mais próximo. (de acordo com o Art.74 do código nº 353)

d. O direito de discordar da decisão de que não há necessidade de condenação; o Procurador pode entender que, baseado no inquérito preliminar realizado por solicitação do comandante, não há necessidade de condenação ou pode entender que os motivos alegados para a condenação pública são injustos e, portanto, ele pode decidir que não há necessidade de condenação. Desta decisão o comandante tem autori-

dade de discordar junto ao tribunal militar mais próximo na presença do procurador num prazo de quinze dias. (Art. 107 do código nº 353).

e. O direito de receber do procurador militar informação sobre o inquérito preliminar (Art. 8/1,102).

f. Em tempo de guerra o comandante pode querer adiar o inquérito preliminar ou o julgamento até o restabelecimento da paz ou o fim das operações militares.

g. Durante o inquérito preliminar, o direito de suspender temporariamente, a pedido do procurador militar, o militar acusado.

h. O direito de indicar o próximo membro do Tribunal Militar para o período de um (1) ano, impreterivelmente em Dezembro.

i. O direito de requisitar da Corte Militar de Apelação autorização para um tribunal militar mais próximo para crimes cometidos no exterior.

j. O direito de exigir da Corte Militar de Apelação a transferência de um caso da jurisdição de um tribunal para a jurisdição de outro tribunal em um outro lugar ou de cobrar tal assunto ao Ministério da Defesa.

k. O direito de executar o processo de notificação (tomada de decisão) requisitado pelo tribunal ou pelo procurador. Também de intimar o militar acusado e as testemunhas a pedido do tribunal.

l. O direito de ordenar um mandado de busca na casa de alguém ou em outras construções em zonas ou áreas militares ou desta pessoa caso qualquer demora possa causar inconveniências com relação à Segurança Nacional ou à ordem pública.

m. O direito de recorrer ou discordar de uma decisão judicial que seja relevante ao inquérito final.

n. O direito de recorrer da decisão do tribunal militar solicitando um novo julgamento baseado na descoberta de novas evidências, afetando os méritos.

o. O direito de examinar o processo criminal para que possa entrar com recurso.

p. o direito de executar as sentenças dadas a militares a pedido do procurador.

q. O direito de discordar das decisões do tribunal militar sobre execuções, especialmente sobre reduções devidas a apresentação de contra-razões.

Nos Tribunais Disciplinares o inquérito preliminar começa a pedido do comandante. O comandante decide se deve trazer uma ação ou não após o inquérito preliminar e reúne o tribunal. Existe o direito de recorrer da decisão do tribunal na Suprema Corte Disciplinar.

Anexo

The Status and Powers of the Commander in the Turkish Military Justice Affairs

Artigo Original

Judge Senior Captain Önder Basoğul

Assistant to Military Chief Prosecutor

I want to give some brief information about Turkish Military Jurisdiction system in order to make our subject on "The Status and Powers of the Commander on Turkish Military Justice Affairs" more understandable.

In Turkish Military jurisdiction system, there are two types of military courts. Military judiciary is executed by military courts and disciplinary courts.

According to our law on establishment of military courts, military courts (except General Staff court, incase of judging generals and admirals consist of five members), in the state of peace, are formed of two military judges and combat one officer member.

It's required that the officer member must have at least a captain rank, must be of combatant branch of the army, must not have been convicted of a felony except for negligent offenses, must not be junior to the defandant and must not be the defendant's immediate superior during the trial period.

The officer member is selected for one year term. Irreplaceply, every December by the commander or by the head of military institution, to whom a military court is attached, out of the members within the judiciary competence of that court.

It has been authorized that only one judge from the "military judge corps" can be in charge of some simple crimes and some lower ranking accused military personnel.

According to our law, military courts must be established at least at the corps level or up.

In every military court, there is an Office of the Military Prosecutor.

Both the military court and the office of Military Prosecutor have their separate offices.

Military judges and Prosecutors exist wearing uniform and having ranks in the organization of Ministry of Defence.

Ministry of Defence is the main and the only authority which will decide whether to establish a military court at a specific unit or not.

Also the areas of judicial competence of all military courts are determined by Ministry of Defence.

Military Appeal Court is the highest court in military jurisdiction system. All Court decisions can be appealled at the Military Appeal Court by the accused, the prosecutor,

the interventor, the lawyer or the commander. The Military Appeal Court has the final word on any appealled decision.

The sentences of the court are executed by the office of the prosecutor.

If a military personnel commits a military crime, a crime against another military personnel, a crime in military zones and if the committed crime is a result of a military personnel's mission or duty", military courts have the authority to prosecute and try the case.

Second type of military courts, disciplinary tribunals are to try for disciplinary offences. There are totally 15 disciplinary offences clearly defined and written down in code. These tribunals are established at least at the head quarters of regiment. A disciplinary tribunal is composed of three members and a disciplinary officer. The members of this court are chosen by the commander, on a case by case basis. The disciplinary officer functions as a prosecutor on be half of the commander.

From the level of a company to up, every commanding line officer has a right permitted by law-to give disciplinary punishments to their subordinates. The rules and the procedure of this system is clearly written in Military Penal Code.

After this information, now, I will try to explain the status and powers of the commander in our system.

We can list the authorities of the commander such as:

a. The right to open an inquiry. (According to the Article 95/3 OF 353 No. Code) the commander forwards the relevant file to the Military prosecutor to start an inquiry if he concludes that a crime might be committed.

b. The right to request the accused arrested; (According to the Art. 3 of 353 No. Code) the commander also has the right to demand seizure. The Military Prosecutor may not agree with this demand, but the is responsible to convey the demand to the military court.

c. The right to make objection against the decision of seizure and rejection of seizure to the closest military court. (According to the Art. 74 of 353 No. Code)

d. The right to make objection against the decision that no prosecution is necessary; Military Prosecutor may have the assessment that no prosecution is needed as a result of the preliminary inquiry which he carried out on the demand of the commander; or can assess the reasons to appeal public prosecution unfair, so can decide that no prosecution is necessary. Against this decision the comander has the authority to make objection to the closest military court in front of military prosecutor with in 15 days. (353 S. K. Art. 107).

e. The right to receive information about preliminary inquiry from military prosecutor (Art. 8/1, 102).

f. In war time, the commander may want to postpone the preliminary inquiry or judgement until the peace or end of the work in military service.

g. During the preliminary inquiry, the right to suspend accused military personnel temporarily by the proposal of military prosecutor.

h. The right to appoint the officer member to the Military court for 1 year, irreplacebly every December.

i. The right to request from Military Appeal Court authorization of a closer military court for crimes committed abroad.

j. The right to demand from Military Court of Appeal the transfer of a case from the jurisdiction of one court to the jurisdiction of another court at another place or to demand this subject from the Ministry of Defence.

k. The right to execute the notification process (serving of decisions) requested by the court and prosecutor, also to sumon the accused military personnel and witnesses to the court on request.

l. The right to order execution of a search in a man's house or other buildings at military zones or premises or of this person in cases any delay may cause inconvenience, with regard to National security or public order.

m. The right to right to go to appeal or object against a judicial decision relevant to final inquiry.

n. The right to appeal to military court decision for a new trial on the ground of discovery of new evidences, effecting the merits.

o. The right to examine the criminal case file in order to take an appeal.

p. The right to execute military personel's sentences on request by the prosecutor.

q. The right to object to military court decisions about execution, especially about deduction for a counter claim.

At the Discipline Tribunals, preliminary inquiry begins with the Commander's order. The Commander decides whether to bring suit or not, after a preliminary inquiry, and convenes the court. There is a right to appeal against the court decision, at the relevant supreme discipline court.

O papel dos Comandantes Militares romenos nos procedimentos para solucionar crimes cometidos por militares[1].

Coronel Ion Didoiu
Estado-Maior, Forças Armadas Romenas

Em primeiro lugar gostaríamos de expressar nossos sinceros agradecimentos ao General Tamas Kovacs e seus auxiliares pelas excelentes condições oferecidas, também pelo convite para participar desta Conferência e pela oportunidade de explicar rapidamente para vocês "O papel do Comandante Militar Romeno nos procedimentos para solucionar crimes cometidos por militares".

Como todos já devem saber, a disciplina militar, expressa através do respeito às leis e regimentos militares, é um dos fatores essenciais à capacidade de combate das Forças Armadas.

A disciplina militar está baseada tanto na aceitação consciente das normas estabelecidas quanto na coerção aplicada de acordo com as condições legais caso as normas não sejam respeitadas.

Baseado nos regulamentos das Forças Armadas Romenas, a responsabilidade por atos considerados crimes, pequenos delitos ou infrações recai exclusivamente sobre o infrator. Também pode recair sobre a unidade militar se os atos houverem sido cometidos por violação à lei ou ao regimento daquela unidade militar devido a fatores associados à ordem e disciplina militares.

O militar é responsável pelos atos que venha a cometer.

O comandante é responsável pela disciplina militar da estrutura que ele lidera e pelo que suas ordens possam acarretar.

A capacidade de comando e a forma como suas ordens se enquadram no âmbito das leis e regras militares estabelecem o nível de disciplina em cada unidade militar.

De acordo com a legislação Romena, a competência dos comandantes ao punir um militar que cometeu infrações varia de acordo com como tais infrações estão ou não relacionadas a um crime.

Duas situações podem ser consideradas aqui:

1. Punições por infrações disciplinares, pendendo da gravidade, estão previstas nos regimentos militares. Infrações graves, que não são consideradas crimes e que foram cometidas por oficiais, garantem que oficiais e subalternos serão julgados por uma Junta de Julgamento.

[1] *Palestra proferida na 6ª Conferência Internacional de Direito Militar e Direito da Guerra - 14-18 de junho de 2003, Budapeste/ Hungria.*

As Juntas de Julgamento são criadas em diferentes hierarquias podendo ser criadas dentro das estruturas centrais do Ministério da Defesa, dentro dos serviços de pessoal e nas unidades do exército. Elas são criadas para julgar qualquer caso que ocorra. As Juntas de Julgamento são compostas de cinco (5) membros que devem ter pelo menos a mesma patente do militar a ser julgado e é obrigatório que um deles seja um oficial de justiça.

Oficiais e subalternos são encaminhados à Junta de Julgamento por ordem do comandante do escalão da hierarquia em que a junta foi criada. Nem o comandante da unidade do militar que está sendo julgado nem o comandante do escalão da hierarquia em que a junta foi criada pode ser membro da junta. Depois do caso ter sido julgado a junta pode decidir: a) manter o militar julgado na ativa e aplicar uma sanção disciplinar; b) se o fato cometido é grave, pode propor o afastamento de suas funções, a ordem sendo resultado de elementos.

O processo das infrações militares é competência das Juntas de Julgamentos, compostas por 5 membros.

De acordo com o que foi exposto acima, é da competência do comandante:

- expedir a ordem para que o militar a ser julgado seja encaminhado para a Junta de Julgamento; na ordem devem constar a natureza das infrações e os aspectos básicos que requerem tal ação.

- expedir a ordem sobre a competência da Junta de Julgamento e estabelecer a data do julgamento;

- enviar o processo contendo os elementos para decidir sobre o afastamento se tal proposta houver sido feita.

O comandante não pode estar envolvido no julgamento do caso e não pode influenciar na decisão da junta. Mas o comandante pode invalidar a decisão, tanto por iniciativa própria como por solicitação da pessoa julgada se ficar comprovado que procedimentos contidos no regulamento da Junta de Julgamento foram descumpridos.

2. Se o ato cometido pelo militar é considerado um crime, a pena é de competência exclusiva da procuradoria militar.

A procuradoria militar é estabelecida de acordo com critérios territoriais, tendo competência sobre as unidades sob a sua área de responsabilidade.

No Código Penal existe um capítulo especial que trata dos tipos de crimes que podem ser cometidos por um militar**,** tanto em tempo de paz como em tempo de guerra e as punições que podem ser aplicadas a estes crimes.

Um inquérito, em sua primeira fase, pode ser feito por oficiais especialmente designados pelo comandante da unidade militar ou direta-

mente pelos comandantes. Se o fato vier a ser caracterizado como crime, o comandante notifica a procuradoria militar; isto completa o processo penal e envia o caso a julgamento pelo Tribunal de Justiça Militar.

Para certos crimes a instauração de inquérito só pode começar se o comandante notificar o crime. Em outros casos, o procurador militar é quem dá início ao inquérito, informando ao comandante imediatamente após o início do mesmo. A partir do momento em que o procurador assume o caso, o comandante não tem mais competência sobre o mesmo, nem durante o inquérito nem durante a fase de julgamento. Nestas etapas, o comandante tem a obrigação de fornecer ao procurador militar ou aos tribunais de justiça todos os documentos e provas solicitados. Ao mesmo tempo ele pode ser chamado para testemunhar para prestar esclarecimentos sobre os atos cometidos pelo militar, caso haja alguma informação útil que seja do seu conhecimento. Os comandantes não têm competência para confirmar ou anular as decisões de nenhuma instância. O acusado pode recorrer à lei com relação àquela decisão, mas somente a instâncias superiores, como diz a lei. Com relação à execução das penas, os comandantes não têm nenhuma competência. A reclusão é feita numa penitenciária, seguindo as decisões da justiça comum. Há uma exceção que consiste no fato de que, de acordo com o Código Penal, a execução de uma sentença não superior a dois anos para recrutas pode ser feita numa prisão militar; nesta situação, devido a fatores sociais no cumprimento em outras penitenciárias:

a. pode haver redução da pena por bom comportamento;

b. a ficha criminal permanece limpa.

Como conclusão podemos declarar que, de acordo com os princípios de separação de poderes do estado, o inquérito, o julgamento e a pena para crimes cometidos por militares é responsabilidade exclusiva das instâncias e procuradorias militares. Os comandantes têm o papel de garantir que a lei seja conhecida e devidamente aplicada, manter a ordem e a disciplina nas estruturas lideradas por ele, punir infrações disciplinares de menor importância e notificar as instâncias superiores sobre fatos que possam ser considerados crimes.

Gratos por sua atenção.

Anexo

The Role of Romenian Military Commanders in the Proceedings Meant to Solve Infractions Commited by Military

Artigo Original

Colonel Ion Didoiu
General Staff Romanian Armed Forces

First of all we would like to addressed our sincere thanks to general Tamas Kovacs and his staff for the excellent conditions provided, also for the invitation to take part in this Conference and for the opportunity to brief you on "The Role of the Romanian Military Commander in Proceedings meant to Solve Infractions Committed by Military".

As you may all know, the military discipline, expressed through the respect for military laws and regulations, is one of the key factors of combat capability of the armed forces.

Military discipline is based both on the aware acceptance of the established norms and the coercion applied in accordance with legal provisions in case that norms are not respected.

According to the regulations of the Romanian Armed Forces, the liability for deeds that are considered infractions, minor offences or infringements goes exclusively to the perpetrator. It may also affect the military unit if facts have been commited through the infringement of law and regulation of that military unit by the factors held responsible for military order and discipline.

The military is responsible for the deeds he may commit.

The commander is responsible for the military discipline of the structure he leads and for the consequences of his orders.

The quality of command, the way his orders come under the scope of military laws and rules established the level of discipline in every single military unit.

According to the Romanian legislation, commanders' competence in sanctioning the military that have commited infringements differs on how those infringements are or are not related to an infraction.

Two situations may be considered here:

1. Sanctions for discipline infringements, depending on their gravity, are comprised in the military regulations. Serious infringements that are not considered infractions and that have been committed by officers, warrant officers and NCOs are being judged in the Trial Boards.

Trial Boards are set up at the level of central structures of MOD, at the level of staff services and army corps. They are set up to judge every

case occurred. The trial boards are composed of 5 members, having at least the same rank as the judged military and it is mandatory that one of them is a justice officer.

Officers and non-comissioned officers are being sent in front of the trial board through an order of the commander of the echelon at whose level the trial board is set up. Both the unit commander of the military that is being judged and the commander of the echelon at whose level the trial board is set up can not be members of that board. After the cause is judged, the trial board can decide: a) to keep the judged military in active duty and to apply a disciplinary sanction; b) if the fact committed is serious, it can propose retirement from active duty, the order being issued by the competent factors.

As for the approaches mentioned before, the competence of the commander is as follows:

- he issues the order to send the judged military in front of the trial board; the order comprises the nature of infringement, and the practical grounds that require that action.

- he issues the order on the competence of the trial board and sets up the date of the trial;

- he sends the file to the competent factors to decide upon retirement, if such a proposal has been done.

The commander can not be involved in the judgement of the case and can not influence the decision of the board. But the commander can disprove that decision, both at his own initiative and at the request of the judged person if it is proved that proceeding provisions comprised in the regulation on trial boards activity have been broken.

2. If the fact committed by a military is an infraction, the sanction comes entirely under the military prosecution and instances authority.

The military prosecution and instances are set up on territorial criteria, having competence over the units in their area of responsability.

In the Penal Code there is a distinct chapter, which comprises the types of infractions that can be committed by a military, both in peacetime and war and the sanctions that can be applied for those infractions.

Penal investigation, in its first phase can be done by officers specifically assigned by the commander of the military unit or directly by the commanders. If the fact committed has proved to be an infraction, the commander notifies the military prosecution; it completes the penal file and sends the cause for judgement to the military court of law.

For certain infractions institution of penal proceedings can start only if the commander notifies the infraction. For other infractions, the military prosecutor is that who starts the penal proceedings, informing the commander as soon as the proceedings have started. At the moment when the military prosecutor overtakes the case, the commander does not have any competence, neither in the penal proceedings nor in the judgement phase. In those phases, the commander has the obligation to provide the military prosecutor or the courts of law all the documents and proofs requested. At the same time he can be called to witness to clarify the

facts committed by military, if useful information is to his knowledge. Commanders do not have any authority to confirm or disprove the decisions of instances. The defendant can go to law with that decision but only to higher instances, according to the law. As for the execution of penalties, commanders do not have any competence. Imprisonment is done in penitentiary, under the provisions of common law. There is an exception which consists of the fact that, under the Penal Code, execution of a penalty no longer than 2 years by conscripts can be done in the military jail; in this situation, due to the low social execute penalties in other penitentiaries:

a. diminished length of penalty for appropriate behavior;

b. criminal record stays blank

As a conclusion it can be stated that according to the principle of separation of the state powers, investigation, judgement and penalty of the infractions committed by military is the exclusive responsibility of the military instances and prosecutions. The commanders have the role to ensure that the law is known and applied accordingly, to provide order and discipline in the structures they lead and to sanction minor disciplinary infringements and to notify the instances about the facts that can be considered infractions.

Thank you for your attention.

A luta contra a corrupção - uma maneira de elevar a integridade moral nas Forças Armadas Angolanas.[1]

General João Maria Moreira de Sousa
Vice-Procurador-Geral da República de Angola
Procurador-Geral das Forças Armadas Angolanas

I - INTRODUÇÃO

Propusemo-nos abordar aqui a "corrupção", um fenómeno complexo, que compreende em si uma ampla variedade de temas, preocupações e problemas ligados por um nome comum e por isso mesmo a sua análise resulta também complexa.

Na verdade, para alguns estudiosos, o problema é essencialmente moral: uma falta grave na consciência dos servidores públicos que os leva a utilizar em proveito próprio o poder ou os bens que lhes foram confiados, renegando as regras básicas da representação política, buscam a solução única na selecção e no controle dos funcionários e na educação de governantes e governados. Outros buscam a causa na estrutura e na organização, na concentração num funcionário de amplos poderes de decisão, com grande discricionalidade e nula transparência, que desembocam necessariamente na corrupção, que é uma das formas básicas do poder sem controle e propõem soluções tanto no plano organizativo como no plano comunicacional, jogando os meios de difusão papel essencial no espaço público. Há um grupo de autores que concentram a essência do problema no plano económico e dentre estes existem diferentes variantes: os que, por um lado atacam a economia regulada e por outro, os que dividem a corrupção como fenómeno distinto nos países desenvolvidos e subdesenvolvidos, entre outras.

Perante tais circunstâncias e como ocorre com frequência com os fenómenos sociais complexos, a maioria dos esforços realizados para se elaborar uma definição inequívoca e universalmente aceite sobre corrupção, não obteve êxitos.

Partindo de uma perspectiva semântica do conceito em estudo, é possível encontrar as seguintes precisões:

Do latim, o termo "rumpere" significa romper, quebrar, quebrantar, violar, anular, dele deriva "corrumpere", cujo significado é alteração, desunião, decomposição, depravação, falseamento, vício e por conseguinte, corrupção das partes de um corpo. (Enciclopédica Jurídica Omeba, ed. Bibliografia Argentina, Bs.As, 1956 pág. 937).

[1] *Palestra proferida na sede da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Brasília, na data de 20.08.2003.*

No dicionário de língua portuguesa – Porto Editora, 5ª Edição, se define corrupção como acto ou efeito de corromper; estado do que se vai corrompendo; putrefacção; desmoralização; adulteração; suborno; sedução.

No Dicionário de Legislação e Jurisprudência Espanhola, se define a corrupção como "O crime de que se fazem culpáveis os que estando revestidos de alguma autoridade pública sucumbem à sedução... a corrupção pode considerar-se activa ou passiva. Por parte dos corruptores é activa, passiva por parte dos corruptos..." Na sua concepção gramatical, este dicionário define a corrupção como a acção de corromper, abuso ou vício e corromper é deixar a perder, subornar ou viciar**.** (Tomo II – Madrid – Espanha).

No campo jurídico, a palavra corrupção isolada, se emprega quase sempre para indicar que a essência do delito consiste em qualquer abuso da autoridade pública com vista a obtenção de qualquer classe de lucro. Mais adiante voltaremos a analisar a palavra "corrupção" em circunstância diferente.

Um dos conceitos mais utilizados na literatura jurídica sobre corrupção é o elaborado por um professor da Universidade de Harvard, Joseph S. Nay, ao definir-lhe como ... "**c**onduta que se desvia das obrigações de ordem pública normais devido a interesses pessoais (familiares e afins) com vista à obtenção de benefícios monetários ou de ordem social", e ainda "o que viola normas respeitantes ao uso de certo tipo de influências com fins pessoais". Esta definição inclui condutas tais como o suborno (utilização de gratificação com o objectivo de influenciar o juízo de uma pessoa de certa hierarquia) nepotismo (eleição por vínculos familiares e não por méritos pessoais) e apropriação ilícita por particulares de recursos públicos… (Corruption and Political Development, T. 1989, pag 963 – M. Johmston, and U. T. Levine).

Não obstante, nos últimos anos se encara a análise do fenómeno corrupção não só como um problema que afecta o normal desenvolvimento da gestão pública, mas também como uma questão que incide, directa e gravosamente, sobre a economia de um país e suas políticas de crescimento, como se pronunciaram o Comité de Expertes e a Comissão Social das Nações Unidas, conceito que foi ractificado nos congressos internacionais realizados sobre a especialidade, em Londres, 1960; Estocolmo, 1965; Kyoto, 1970; e Genebra, 1975.

Nas Nações Unidas categorizaram a corrupção como a contracara do desenvolvimento, pois, além de perturbar a marcha normal da gestão administrativa, se projecta sobre a actividade económica pública e privada entorpecendo o seu desenvolvimento livre e transparente.

A corrupção, a constituir-se num abuso de poder deve ser analisada no contexto histórico e social concreto donde o fenómeno se produz, porquanto a sua configuração criminologica dependerá em grande medida do condicionamento político, económico, social, cultural e legal, factores que poderão influenciar ou determinar este e qualquer outro comportamento humano.

Excelências

Senhoras e Senhores:

Não estamos aqui na qualidade de experts em matéria de corrupção e condutas afins, muito menos pretendemos buscar exemplos concretos de casos que eventualmente tenham ocorrido em Angola ou particularmente nas nossas Forças Armadas. Trazemos apenas algumas reflexões, algo para abrir um debate sobre o fenómeno em estudo, contando com a participação activa de todos, com os vossos valiosos contributos.

II – A CORRUPÇÃO: UM FENÓMENO HISTÓRICO INTERNACIONAL

Na análise histórica da corrupção é imprescindível vinculá-la com a origem e a evolução do Estado, uma vez que dado o carácter classista do mesmo o poder não é exercido nem estruturado da mesma forma. Não constituindo objectivo desta nossa comunicação particularizar a manifestação do fenómeno corrupção em cada tipo de Estado que historicamente existiu, afirmamos o condicionamento histórico e legal que este fenómeno encerra.

Se alguém olhar para trás, na história da humanidade, verá que a corrupção é um fenómeno tão antigo quanto a mais antiga das profissões. Talvez haja mesmo uma certa disputa para saber qual delas surgiu primeiro. O que é certo é que a prostituição segue nos dias de hoje, com a força exuberante que podemos encontrar em todos os pontos do planeta, no Norte ou no Sul, no Leste ou no Ocidente, na Europa, na Àsia, em Àfrica, na América e na Oceania. Assim acontece com a corrupção, cujo exemplo mais peculiar de antiguidade é encontrado entre os discípulos de Jesus Cristo, quando, de acordo com a Bíblia Sagrada, Judas se terá vendido por uns dinheiros ao entregar o Mestre nas mãos dos seus algozes.

A dimensão histórica da corrupção vem desde as cidades antigas, em Roma e do Renascimento, na Itália. A luta contra este flagelo era um assunto de moral colectiva e de controle social. Recorria-se então a certos dispositivos para limitar os riscos de fraudes e manipulações mas tais medidas por engenhosas que fossem, só tinham efeito superficial.

No Egipto todos os corruptos eram deitados pelo Rio Nilo.

"... A Corrupção é um fenómeno tão antigo quanto a mais antiga das profissões.."

HAMURABI, Rei e fundador do Império Babilónico nos anos 1700 antes de Cristo, no seu Código Penal, tido como uma das leis mais antigas da humanidade, já previa e punia severamente os actos de corrupção. As penas é claro, eram cruéis. Os autores de roubos e outras

infracções afins deveriam ser mortos e enterrados no local do crime.

Há praticamente consenso de que um dos maiores fantasmas que corre hoje pelo mundo é o fantasma da corrupção que generalizado, provoca simultaneamente, como se fosse uma terceira lei de Newton, um processo inverso na busca afanosa de uma moral pública, aquilo que alguém denominou com toda precisão, como o pudor do povo.

Como efeito, a corrupção não tem especificações de tempo ou de lugar. Ela é intemporal, se bem que sendo um problema dos indivíduos que manifestam condutas ilícitas, é também o resultado de uma sociedade que funciona com um sistema que não é o apropriado. Daí que a problemática que encerra a corrupção representa o maior de todos os desafios e é motivo de preocupação para o Estado moderno.

Sem dúvida alguma que, os inegáveis problemas políticos, económicos, ecológicos e sociais que afectam toda a humanidade nos momentos actuais e cujas causas quase todos nós conhecemos, vêm gerando e acumulando uma grande quantidade de efeitos negativos, entre os quais se destacam, a perda de valores de convivência social e por conseguinte, o incremento da actividade delitiva em manifestações dessimuladas.

As manifestações delitivas da corrupção, adquiriram em particular uma conotação internacional dramática, talvez como consequência, entre outras questões, da globalização neoliberal, tendência que potencia o desenvolvimento de actividades mercantis, com a carga de compras e de vendas que a caracteriza, passando por cima dos interesses das populações e da autoridade dos estados.

Haverá alguma nação no mundo que se sinta à margem ou imunizada contra este flagelo de natureza socieconómico?

Me parece que nenhuma, porquanto sabemos perfeitamente que cada país ou região geográfica do mundo enfrenta também uma infinidade de fenómenos delitivos que merecem toda a atenção e empenho das autoridades, tendo a corrupção se convertido numa preocupação mundial. As suas consequências políticas, económicas e sociais têm impacto sobre a capacidade dos governos para assegurar a execução dos serviços públicos de maneira eficiente.

Os governos temem hoje, e com razão, que a corrupção assuma a legitimidade das reformas políticas e económicas, e inclusive, que se constitua em ameaça real para a governabilidade.

Devido à penetrabilidade das fronteiras e a maior transferência de bens e serviços, somados à internacionalização das actividades ilegais, tais como o tráfico de drogas e de armas e a lavagem de dinheiros, a dimensão internacional da corrupção aumentou em importância, se tivermos em conta que a livre circulação não inclui as pessoas do Sul para o Norte, provocando assim o drama repugnante que hoje é o tráfico de pessoas.

Penso que para melhor compreendermos esta nossa matéria de estudo, precisamos de definir o que entendemos por globalização.

Nesse sentido, e no nosso modesto contributo, entendemos a globalização como a actual etapa da economia mundial que se caracteriza pelas estreitas inter-relações que se estabeleceram entre os países, feito que tem a sua base no desenvolvimento alcançado pelos transportes, pelas telecomunicações e no processamento e transmissão de informações actualizadas.

A globalização, na sua tendência actual tem gerado um ambiente propício para novas formas de delinquência, incrementando a corrupção a limites inimagináveis e adaptando estruturas do tipo empresarial ao exercício de actividades ilícitas.

Como resultado, a redução da corrupção se converteu numa prioridade internacional, a luta contra a corrupção é talvez um dos campos através do qual a acção colectiva dos Estados não é somente útil e conveniente, mas absolutamente necessária.

Mas, perante o que acabamos de dizer, porquê que apesar de estarmos todos preocupados com a corrupção e de existirem múltiplos programas nacionais e internacionais de luta contra ela, nunca a conseguimos combater eficazmente? No nosso critério, o elemento central é que não conseguimos compreender o que é a corrupção. Geralmente a assumimos como causa, quando realmente é causa e efeito.

A corrupção, nela incluída a extorsão, é considerada como um problema capaz de congelar o desenvolvimento social, económico e político. Assim é, que como parte da iniciativa do Programa Mundial contra a corrupção, actualmente são avaliados três níveis e tipos de corrupção:

- O primeiro nível enquadra a corrupção que existe na Administração Pública, na Polícia, nas Forças Armadas, nas Alfândegas e nos Órgãos de Inspecção aos distintos níveis.
- O segundo enquadra a corrupção nos negócios, que se reflecte em experiências de magnitude mediana, que distorce os processos e as relações de mercado e favorece a concorrência desleal e os monopólios.
- O terceiro tipo de corrupção, o mais destrutivo e que cria sérios problemas à escala planetária é a corrupção ao alto nível do poder financeiro, político e administrativo.

Por falar da corrupção ao alto nível do poder financeiro, vamos aternos por alguns momentos naquilo que é vulgarmente conhecido por "dinheiro sujo".

Recordo que no início desta nossa comunicação referimo-nos ao facto de a corrupção ser um fenómeno complexo, que compreende em si uma variedade de temas, preocupações e problemas ligados por um nome comum. Por isso mesmo, abordar a corrupção sem falar de "lavagem de dinheiro" é o mesmo que analisar o fenómeno muito superficialmente.

"Lavagem de dinheiro" é o processo pelo qual o criminoso transforma em activos recursos ganhos em actividades ilegais com uma origem aparentemente legal. Esta prática geralmente envolve múltiplas transacções, usadas para ocultar a origem dos activos financeiros e permitir que eles sejam utilizados sem compro-

meter os criminosos. A dissimulação é, portanto, a base para toda operação de lavagem que envolva dinheiro proveniente de um crime antecedente.

Nas duas últimas décadas a lavagem de dinheiro e os crimes correlacionados – entre os quais o narcotráfico, a corrupção, o sequestro e o terrorismo – tornaram-se delitos cujo impacto não pode mais ser medido em escala local. Se antes essa prática estava restrita a determinadas regiões, os seus efeitos perniciosos, hoje se espalham para além das fronteiras nacionais, desestabilizando sistemas financeiros e comprometendo seriamente actividades económicas.

"... lavar recursos é fazer com que produtos de crime pareçam ter sido adquiridos legalmente".

Por causa da natureza clandestina da lavagem de dinheiro, fica difícil estimar o volume total de fundos lavados que circulam internacionalmente. Entretanto, as técnicas de análise disponíveis permitem saber o envolvimento de enormes quantidades de dinheiro lavado em actividades ilegais tais como o tráfico de drogas, de armas ou fraudes. Especialistas estimam que cerca de USD 500 bilhões em "dinheiro sujo" – cerca de 2% PIB mundial – transitam anualmente na economia.

Por essa razão, o tema tornou-se objecto central de inúmeras discussões realizadas em todo o mundo. Chefes de Estado e de Governo, bem como organismos internacionais, passaram a dispensar mais atenção à questão. Poucas pessoas param para pensar sobre a gravidade do problema, principalmente porque a lavagem de dinheiro parece distante da nossa realidade.

Entretanto, assim como todo o tipo de crime organizado, o tema merece reflexão, especialmente se considerarmos que o controle da lavagem de dinheiro depende, entre outras coisas, da participação da sociedade.

Para concluir esta pequena abordagem sobre lavagem de dinheiro, quero dizer que pela definição mais comum, a lavagem de dinheiro constitui um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país dos recursos, bens e serviços que tiveram origem ou estão ligados a actos ilícitos.

Em termos mais gerais, lavar recursos é fazer com que produtos de crime pareçam ter sido adquiridos legalmente.

III – O COMBATE Á CORRUPÇÃO DO PONTO DE VISTA DA LEGISLAÇÃO ANGOLANA

Diziamos no início desta comunicação, que no campo jurídico, o termo corrupção isolado se emprega quase sempre para indicar que a essência do delito consiste em qualquer abuso

de autoridade pública visando a obtenção de alguma classe de lucro ou privilégio.

Ora bem, no termo corrupção, temos que admitir, se englobam significados diversos como, de natureza pública e privada, social e pessoal e até condutas de natureza sexual – corrupção de menores – além de outras de carácter contratual ou funcional.

Assim, encontramos no nosso Código Penal – art° 406° – crime de corrupção de menores. Diz a norma legal que, comete o crime de corrupção de menores, "toda a pessoa que habitualmente excitar, favorecer ou facilitar a devassidão ou 'corrupção' de qualquer menor ... para satisfazer os desejos desonestos de outrem..." Neste artigo, o legislador previu a punição dos actos de corrupção de menores executados por qualquer pessoa, ou seja, pessoa estranha ao seio familiar da vítima.

No artigo 405° - que prevê o crime de "LENOCÍNIO" – o legislador previu a punição dos actos de corrupção praticados no âmbito de pessoas ligadas por laços familiares, não sendo necessário que as vítimas sejam de menor idade. Lê-se, então no corpo do artigo 405° do Código Penal que "Se, para satisfazer os desejos desonestos de outrem, o ascendente excitar, favorecer ou facilitar a prostituição ou corrupção de qualquer pessoa sua descendente, será punido **...**"

O § 1° do mesmo artigo diz que "O marido, que cometer o mesmo crime a respeito de sua mulher, será condenado ..." e o § 2° prevê que "O tutor ou qualquer outra pessoa encarregada da educação ou direcção ou guarda de qualquer menor ... que cometer o mesmo crime a respeito desse menor, será punido **...**" (Casa Pia de Lisboa, como exemplo).

O legislador, no caso do artigo 406° - **C**orrupção de menores – não pretendeu proteger essencialmente os menores de actos contra a honestidade. O objecto socialmente protegido no crime de corrupção de menores são, "a boa e sã formação da juventude", incriminando pela prática dos actos que implicam a sua deformação ou que para esta contribuam. Não se trata portanto, o crime de corrupção de menores, de crime contra a honestidade, embora, actos semelhantes aos previstos nos crimes contra a honestidade apareçam como elementos constitutivos daquele crime.

De que modo a lei protege a juventude da deformação, perversão, desmoralização, etc.? Proibindo os menores de 16 de entrarem em casas de jogo, em tabernas e clubes nocturnos, de assistir a espectáculos de determinado tipo e até de comprar bebidas alcoólicas e tabaco, de ter práticas sexuais ilícitas, etc.

A lei pune ainda o pai, a mãe, o tutor ou outra pessoa encarregada da guarda de menores, que tiverem dado causa ou não tiverem impedido, podendo fazê-lo, que eles se tornem delinquentes, alcoólicos, libertinos, ou por outra forma viciosos, ou que por algum modo tenham contribuído para a desmoralização, perversão ou desamparo dos mesmos menores.

Tenhamos em linha de conta que embora exista o Julgado de Menores em Angola, que rendeu o antigo Tribunal de Menores, a apre-

ciação dos crimes de desmoralização ou corrupção de menores é da competência dos Tribunais Comuns. Os crimes de Estupro ou Violação absorvem os crimes de desmoralização ou corrupção anteriormente praticados, não devendo haver a acumulação de duas infracções.

Mas, por exemplo, aquele que comete contra a mesma pessoa sucessivos actos de atentado ao pudor pode, por esses mesmos actos, ser considerado autor do crime de corrupção de menores, verificando-se, em tal caso, concurso real de infracções.

Excelências,

Caros Colegas:

Sendo objecto da nossa comunicação a "corrupção" como delito que atenta contra a Economia do Estado, e que pela sua essência "consiste na prática de qualquer abuso de autoridade pública conferida, com o fim de obtenção de qualquer classe de lucro ou privilégios", ou em outras palavras, "consiste na venda por parte de servidor público de qualquer acto inerente às suas funções, que por regra geral deveria ser gratuito", ou no sentido inverso, "quando cobra mais do que os valores claramente especificados nas normas legais", para taxas ou emolumentos, passaremos a tratar agora de abordar o fenómeno do ponto de vista da legislação penal angolana:

No período colonial e no pôs-independência, até ao ano de 1989, para a repressão dos crimes de corrupção, vigoraram as normas dos artigos 318° a 323° do Código Penal Português, este, prevendo e punindo os crimes de peita, suborno, e corrupção, corrupção de juízes e jurados, corrupção activa e passiva.

Com a aprovação pela Assembleia do Povo no ano de 1989, e publicação no Diário da República, n° 62 – Iª Séria, de 11 de Dezembro, da Lei dos Crimes contra a Economia – Lei n° 9/89, de 11 de Dezembro, o Capitulo IX da supracitada lei, previu quatro formas de corrupção, expressas nos artigos 43°, 44°, 45° e 46°, como sendo corrupção passiva, corrupção activa, apropriação de comissões e receptação, crimes punidos com penas que iam desde os 2 a 8 anos e 8 a 12 anos de prisão.

Na essência, cometia o crime de corrupção passiva "todo o dirigente, responsável ou trabalhador de organismo do Estado, empresa estatal, mista, cooperativa, organização social ou de massas que por si ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação (solicitasse, aceitasse ou recebesse) dinheiro, bens, qualquer vantagem patrimonial ou benefício de outra natureza ou promessa deles, que não lhe (fossem) devidos, para antecipar, demorar, praticar ou omitir acto contrário aos deveres do cargo que ocupa ou não alheio às suas funções. A pena para estes casos variava entre os 2 e os 8 anos de prisão e multa.

Cometia o Crime de Corrupção Activa, "(quem dava ou prometia) a dirigente, responsável, trabalhador de organismo do Estado, empresa estatal, mista ..." A pena era a

mesma para o crime de corrupção passiva.

Com a alteração constitucional que introduziu o regime da Economia de Mercado em Angola, a Assembleia Nacional aprovou a Lei das Infracções contra a Economia – Lei n° 6/99, de 3 de Setembro, que revogou a Lei n/9/89, de 11 de Dezembro. Na nova Lei que dedicou um Capítulo à corrupção (Capítulo VI) ao contrário da lei revogada que dedicava quatro artigos ao fenómeno, previu apenas três formas de crime (44°, 45° e 46° - Corrupção Passiva, Corrupção Activa e Apropriação de Comissões), com penas de prisão e multa que não diferiam muito das penas previstas na lei anterior.

Mais recentemente, a menos de dois meses, a Assembleia Nacional aprovou a Lei n° 13/03, de 10 de Junho, publicada no D.R. n°45 – Iª Série, que veio revogar trinta e três artigos da Lei das Infracções Contra a Economia, colocando assim em vigor cinco artigos do Código Penal, anteriormente vigentes, mais propriamente os artigos 318°, 319°, 320°, 321°, 322° e 323°, que prevêem e punem os crimes de peita, suborno e corrupção de empregado público, corrupção de Juizes e jurados, e aceitação de oferecimento ou promessa por empregado público.

Como ênfase, no preâmbulo da Lei n° 13/03, de 10 de Junho, o legislador diz que, "As normas, princípios e regras do Direito Penal Económico aconselham, hoje, a intervenção penal como meio de último recurso em sede da intervenção do Estado na Economia.

A Lei n° 6/99, de 3 de Setembro, não cumpre aquele desiderato que deve dar ênfase às contravenções e previlegiar no sistema punitivo da infracção anti-economica as penas de multa.

A tutela dos valores relativos ao funcionamento da economia está suficiente e mais adequadamente assegurada pelos tipos de contravenção consagradas em geral no capítulo VII da Lei n° 6/99, em conjugação com as demais transgressões económicas, previstas noutras leis ou diplomas legais especiais.

A existência de inúmeras leis e diplomas legais extravagantes, enquanto não for aprovado um novo Código Penal, suscita complexos problemas de cúmulo material de infracções.

Nestes termos, ao abrigo da alínea b) do art° 88° da Lei Constitucional, a Assembleia Nacional aprova a seguinte:

Lei Derrogatória da Lei n° 6/99, de 3 de Setembro – Lei das Infracções Contra a Economia".

Como nos referimos anteriormente, esta nova lei revogou trinta e três artigos da Lei n° 6/99, de 3 de Setembro, como sendo os artigos compreendidos entre o 17° e o 50°, incluídos.

A nova Lei deverá ser regulamentada no prazo de 60 dias, como nela vem expresso.

Esperamos que assim seja, pois a sua regulamentação é necessária e urgente, visto que, se por um lado ela remete a previsão dos crimes de corrupção para o Código Penal em vigôr, por outro, deixa por resolver a questão punitiva, já que o legislador previlegia no sistema punitivo das infracções anti-económicas as penas de multa.

Sem dúvida, é de tendência internacional o aumento dos delitos económicos, aqueles que pela sua complexidade reclamam por uma reformulação do Direito Penal tradicional, pois que, a sua dogmática actual não se coaduna com os novos desafios e renovações dialéticas do pensamento jurídico, impondo-se nesse sentido que os pressupostos que imperam nos princípios de castigar, devem ser aplicados em toda sua extensão aos fundamentos do Direito Penal Económico, a fim de garantir que aquele tenha plena vigência e aplicação desde o momento em que o legislador realiza as normas, com o propósito de que o operador do sistema de Justiça tenha amplas possibilidades de utilização das mesmas.

É de vital importância para o estudo desta matéria, a análise das distintas concepções que acerca do bem jurídico se esgrimem na dogmática penal, utilizando como classificação mais geral a de bem jurídico em sentido estrito e em sentido amplo, segundo a concepção que se adopte em cada sistema de direito penal económico, daí que é necessário que este, como parte do Direito Penal no sentido geral deve tender sempre para a penalização das condutas que atentam contra bens jurídicos importantes em qualquer sociedade e assim permitir a protecção, não só do indivíduo como também da sociedade, de que a ordem económica é um paradigma.

No Direito Penal Económico são tutelados fundamentalmente bens jurídicos colectivos ou supra individuais, que resultam mais difíceis de determinar e de defender, por isso mesmo, o seu carácter particularmente amplo, complexo e difuso, promove a necessidade especial da sua protecção.

O Direito Penal constitui somente uma das medidas para regular a vida económica e para sancionar a violação das regras económicas, transformando-se em determinadas ocasiões em instrumento de primeira importância, ao prever meios mais apropriados para enfrentar os grandes perigos e os grandes danos, difíceis ou impossíveis de reparar.

A República de Angola esteve representada pelo Ministro da Justiça, na terceira reunião geral anual do Fórum da África Austral Contra a Corrupção (SAFAC), que decorreu de 6 a 8 de Agosto corrente, em Dar-Es-Salan, Capital da Tanzânia. O Fórum Africano contra a corrupção recomendou a ratificação, implementação e harmonização do Protocolo da SADC contra a corrupção, com as legislações internas de cada um dos países membros. No encontro os participantes decidiram por criar mecanismos de combate nacional e regional à corrupção nos países membros e trabalhar no sentido de diminuir a tolerância e a prevalência da corrupção na região.

Numa mensagem lida na abertura da reunião, o Presidente Tanzaniano, Benjamim Mkapa, considerou ser a corrupção intelectual mais perigosa que a burocrática. Benjamim Mkapa adiantou ser a corrupção intelectual a pior de todas, porque "corrompe a mente das pessoas". Meias verdades nos órgãos de imprensa, apresentação selectiva e extrapolação dos factos estão nas

fronteiras da corrupção, disse aquele Presidente Africano.

Por sua vez, o Ministro Angolano da Justiça PAULO TJIPILICA, afirmou em entrevista concedida no final do encontro de Dar - Es - Salan, que o fórum recomendou aos Estados da SADC no sentido de se erradicar a corrupção, estendendo a boa governação a todos os países da Região Austral de África.

Ainda de acordo com o ministro Angolano da Justiça, Angola vincou que tem instituições que de algum modo pretendem conferir seriedade e transparência na gestão dos recursos públicos, tendo apontado o Tribunal de Contas como o instrumento legal de que o país se serve para garantir a lisura da acção governativa e acrescentou que ao nível institucional pretende-se reforçar fundamentalmente o funcionamento dos tribunais e das instituições que concorrem para boa fiscalização e transparência governativa.

Angola, Moçambique, África do Sul, Namíbia, Zimbabwe, Zâmbia, Tanzânia e Malawi, são membros da SADC – Comunidade de Desenvolvimento dos Países da África Austral.

Angola poderá albergar, no próximo ano, o fórum sobre direitos humanos e boa governação a nível da SADC, de acordo com declarações do ministro da Justiça, PAULO TJIPILICA.

IV – CONCLUSÕES

Será a corrupção algo intrínseco do sector público? E o que se passa no privado?

Devemos neste aspecto ficar claros em como a corrupção não é um fenómeno que atinge somente os sectores do governo, pelo contrário, existe de sobra no sector empresarial privado. São inúmeros em todo o mundo os casos conhecidos de corrupção envolvendo multinacionais sobejamente conhecidas.

"... A corrupção não é um fenómeno que atinge somente os sectores do governo, pelo contrário, existe de sobra no sector empresarial privado..."

A corrupção é própria da condição humana e a historia da corrupção pública se confunde com a própria história do Estado.

A acção política não é intrinsecamente corrupta, embora esta seja a percepção actual na sociedade Angolana. A acção política pode ou não ser corrupta, dependendo sobretudo da qualidade moral das pessoas que fazem a política e do nível de controle que existe da sociedade civil sobre as instituições.

A democracia também não garante a eliminação da corrupção porque ela é necessariamente tolerante, o jogo democrático envolve negociações que muitas vezes dão margens a uma interpretação larga das regras.

As Forças Armadas, em Angola foram há muito consideradas como sendo a reserva moral do Estado. O que temos de verdade nesta afirmação?

Houve, há ou não corrupção no seio das Forças Armadas?

Esta é uma pergunta que nos leva a reflectir sobre a necessidade de melhor se controlar os bens do Estado postos à disposição, nomeadamente os dinheiros, que algumas vezes nos pareceu não ter dono, desviado sem que ninguém dele desse falta, só uma vez ou outra, por denúncia este ou aquele caso foram encaminhados à Justiça.

Se pretendemos elevar a integridade moral na Forças Armadas Angolanas temos que aceitar a abordagem do fenómeno "corrupção" com seriedade, tomando medidas correctas de prevenção e controle, regulamentando e fiscalizando convenientemente tudo quanto diga respeito ao uso dos bens e valores públicos, oferecendo aos operadores da Justiça Militar os meios essencialmente necessários para a sua acção disciplinadora e fiscalizadora, conferindo a estes e a todos os efectivos das Forças Armadas a dignidade que cada um merece.

A grande falha na abordagem tradicional das causas da corrupção está no viés moralista que a considera apenas como o produto das deficiências morais dos indivíduos, sem estar atento ao facto de que ela frequentemente resulta do comportamento racional dos indivíduos que actuam dentro de um sistema de incentivos, que a torna altamente rentável e escassamente sujeita a qualquer tipo de punição.

A causa dos altos níveis de corrupção verificados no nosso país não está na desonestidade congénita do povo angolano, o que seria absurdo supor, nem reside no mau carácter de alguns angolanos, mas do conjunto de deficiências existentes nas nossas instituições.

Com estas palavras, deixo aberto o debate sobre o nosso tema de estudo, agradecendo a todos pela atenção dispensada.

OBS:- Esta comunicação está escrita em língua portuguesa corrente em Portugal e em Angola. Por esse facto peço as nossas desculpas por qualquer incompreensão.

V – Fontes Bibliográficas

- Lei Constitucional da República de Angola
- Lei N° 9/89, de 11 de Dezembro – Lei dos Crimes contra a Economia
- Lei N° 6/99, de 03 de Setembro – Lei das Infracções contra a Economia
- Lei N° 13/03, de 10 de Junho – Lei Derrogatória da Lei n° 6/99, de 03/Set
- Dicionário de Língua Portuguesa – 5ª Edição – Porto Editora
- Código Penal Angolano
- Revista Latino-Americana de Política Criminal "Pena e Estado", Buenos Aires – Ano I, N° 1995
- Dicionário Razonado de Legislação e Jurisprudência Lomo II, - Madrid/Espanha
- Revista Latino-Americano de Política Criminal "Pena e Estado", Ano I, Número 1 – Buenos Aires
- Enciclopédia Jurídica Omeba – Argentina
- Corruption and Political Development *(M. Johmston and U. T. Levine)*
- Extratos de vários artigos na Internet

Interceptação e abate de aeronave: considerações sobre a lei n° 9.614, de 05.03.1998.

Jorge César de Assis
Promotor de Justiça Militar

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

A Lei nº 9.614, de 05.03.1998 acrescentou um parágrafo ao artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, modificando-o consideravelmente e, por conta disso, vem dando margem a uma crescente discussão.

Com o acréscimo do parágrafo 2º, e a renumeração do 2º como 3º, o texto legal do referido art. 303, da Lei nº 7.565, de 18.12.1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica, passou a ser o seguinte:

" CAPÍTULO IV

DA DETENÇÃO, INTERDIÇÃO E APREENSÃO DE AERONAVE

Art.303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou de Polícia Federal, nos seguintes casos:

I- se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;

II- se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;

III- para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;

IV- para verificação de sua carga no caso de restrição legal (art. 21)[1] ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do art. 21)[2] ;

V- para averiguação de ilícito.

§ 1º. A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe foi indicado.

§ 2º. Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada (parágrafo acrescido pela Lei 9.614/98).

---

[1] *Art. 21. Salvo com autorização especial de órgão competente, nenhuma aeronave poderá transportar explosivos, munições, arma de fogo, material bélico, equipamento destinado a levantamento aerofotogramétrico ou de prospecção, ou ainda quaisquer outros objetos ou substâncias consideradas perigosas para a segurança pública, da própria aeronave ou de seus ocupantes.*

[2] *Parágrafo único. O porte de aparelhos fotográficos, cinematográficos, eletrônicos ou nucleares, a bordo de aeronave, poderá ser impedido quando a segurança da navegação aérea ou o interesse público assim o exigir.*

§ 3º. A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emula-tório. (Parágrafo renumerado e alterado pela Lei 9.614/98)."

Apesar de ter sido editada há mais de cinco anos, a referida lei ainda não foi regulamentada.

"A posição oficial do Governo Lula parece ser a de regulamentar a Lei n° 9.614/98"

Durante o Governo anterior, chegou a haver uma representação contra o então Presidente Fernando Henrique Cardoso e o Ministro da Justiça José Gregori, junto à Procuradoria Geral da República, alegando que em face da não regulamentação da lei, são registradas mensalmente cerca de 300 invasões aéreas somente na fronteira do Brasil com o Paraguai. Tratam-se de aeronaves não identificadas ou com identificação fraudulenta, vindas de países vizinhos, possivelmente pertencente ao crime organizado, sem que a Aeronáutica tenha a autorização legal para defender o espaço aéreo.[3]

No atual Governo, a polêmica continua. Em entrevista à NBR – Canal de TV a Cabo da Radiobrás, concedida em 12.05.2003, o deputado Átila Lins (PPS-AM), Presidente da Comissão Nacional da Amazônia e Desenvolvimento Regional, defendeu a revogação da lei do abate de aeronaves civis em território brasileiro. O argumento do parlamentar não é, entretanto, ligado a questões de direitos civis e humanos mas, tão-somente pelo receio de que o país que adotar essa lei seja retaliado pelos Estados Unidos da América, já que a lei americana proíbe as empresas de comerciar peças de reposição e outras mercadorias com países que adotaram essa medida.[4]

Já o Presidente da Subcomissão Permanente de Segurança Pública do Senado, Senador Tarso Jereissati (PSDB/CE), afirmou em entrevista concedida em 17.06.2003, que irá aumentar a pressão para que essa lei seja regulamentada o mais rápido possível.[5]

A posição oficial do Governo Lula parece ser a de regulamentar a Lei 9.614/98.

Matéria veiculada no Jornal Zero Hora, de 13.07.2003, refere que o assunto foi discutido nos Estados Unidos da América, pelo Ministro da Defesa brasileira José Viegas e o Secretário de Estado norteamericano Donald Rumsfeld, sobre a coordenação das regras sobre o abatimento de aviões suspeitos de tráfico.

Naquela oportunidade o Ministro José Viegas disse que o Brasil negocia um acordo internacional com os vizinhos Colômbia e Peru, que estão preparando o relançamento do

[3] *Representação contra FHC. Acessado do site:* htpp://www.sjdf.org.br/nr/nr54.htm
[4] *Deputado defende revogação da lei de abate de aeronaves civis. Acessado do Brasil Agora:www.radiobrás.gov.br*
[5] *Armas apreendidas poderão ser utilizadas pelas forças de segurança dos Estados. Acessado do Brasil Agora:www.radiobrás.gov.br*

programa de interdição aérea de drogas patrocinado pelos Estados Unidos, o qual fora suspenso após a derrubada por engano de um pequeno avião no Peru, em abril de 2001, onde morreram um missionário americano e sua filha.[6]

Interessante registrar igualmente, a informação extraída do site do Sistema de Informação de Defesa Nacional da Colômbia, sobre a Conferência dos Chefes das Forças Aéreas Americanas (sigla em espanhol CONJEFAMER), que é a reunião de mais alto nível do sistema Integrado de Cooperação entre as Forças Aéreas Americanas (SISCOFAA).

A idéia de reunir os Comandantes das Forças Aéreas Americanas nasceu em 1961, sugerida pelo General Thomaz D. White, Chefe do Estado Maior da Força Aérea dos Estados Unidos.

Desde então, a CONJEFAMER vem se reunindo anualmente, tendo sede em um dos países integrantes da Conferência, que são: Argentina, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Equador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, Paraguai, República Dominicana, Uruguai, Venezuela, México e El Salvador.[7]

Feitas estas considerações preliminares, passemos agora à análise efetiva da Lei do Abate.

2. ASPECTOS JURÍDICOS DA LEI Nº 9.614/1998

Apesar de pequena – apenas dois artigos, a Lei nº 9.614/98, conhecida como Lei do Abate, provocou profundas alterações no Código Brasileiro de Aeronáutica, especialmente no seu Capítulo IV, que trata (e já tratava antes) da detenção, interdição e apreensão de aeronave, por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou de Polícia Federal.

Uma simples leitura ao art. 303 da Lei nº 7.565/86, referida ao início, permite identificar que qualquer aeronave (civil ou militar) poderá ser detida (melhor dizer interceptada se estiver em vôo) desde que esteja voando no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais (I), ou, se entrando no espaço aéreo brasileiro desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional (II), que são circunstâncias que se supõem sejam de prévio conhecimento de qualquer piloto legalmente habilitado em qualquer país.

Da mesma forma, possível a detenção ou interceptação de aeronave para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis para o vôo (III), ou também para verificação de sua carga no caso de restrição legal ou de porte proibido de equipamento (IV).

Por fim, é possível também averiguar o cometimento de ilícito em aeronave (V).

Para tanto, convém lembrar que a apuração de ilícitos é uma das atribuições de polícia judiciária e que, para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as ae-

[6] *Brasil poderá abater aviões de traficantes. Jornal Zero Hora, Porto Alegre, 13.07.2003*
[7] *Las Fuerzas Aéreas de América se reúnen em busca de cooperación mutua. Acessado do Sistema de Información de la Defensa Nacional – SISDEN: www.mindefensa.gov.co*

ronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.[8]

Por ocasião da exposição de motivos do anteprojeto da lei do abate, ficou consignado de forma conjunta, pelos então Ministros Nelson Jobim da Justiça e Mauro José Miranda Gandra da Aeronáutica, *o propósito de policiamento do espaço aéreo brasileiro, medida essencial ao pleno cumprimento da missão constitucional da Força Aérea Brasileira, no que se refere, especificamente, ao exercício de soberania no espaço aéreo sobrejacente ao território nacional.*

E que o cumprimento dessa norma *'implica em dispor, como primeiro pré-requisito, de sensores capazes de detectar os movimentos aéreos que podem ser divididos em tráfegos cooperativos e conhecidos, ou não cooperativos, esses últimos, em geral, objeto de adoção de medidas específicas que se iniciam com a classificação das aeronaves, em função dos respectivos comportamentos em vôo.*

Implica, também, na capacidade de estabelecer comunicações instantâneas e de se dispor de vetores capazes de interceptar as aeronaves classificadas como desconhecidas, a vigiar as suspeitas, visando identificá-las, verificar suas intenções e, esclarecer outros aspectos e a partir desse conhecimento, sob comandamento da autoridade de Defesa Aérea, prestar-lhes assistência ou determinar que as mesmas pousem, em aeródromos predeterminados, para submeter-se às denominadas medidas de controle no solo'.[9]

José Aparecido Correia, advogado e piloto de linha aérea alega a inconstitucionalidade da Lei 9.614/98, ' por tentar instituir a pena de morte sem que haja o estado declarado de guerra, sem o devido processo legal e, pior, retira do Poder Judiciário a exclusividade do julgamento ao permitir a derrubada ("abate") de aeronave civil, em decisão sumária de autoridade administrativa'.[10]

Lembra o autor que, por hipótese, ' realizada a interceptação, pela aeronave militar, o piloto da aeronave civil recusa-se a seguir o avião militar ou pousar onde indicado. Estará aberta a via de execução da pena de morte porque poderá, por ordem de autoridade administrativa, em poder delegado do Presidente da República, ser ordenada a destruição em vôo da aeronave hostil. Claro, não haverá sobrevivente entre os ocupantes do avião civil'.[11]

Quanto aos aspectos constitucionais da referida lei, vamos verificar que apesar do Brasil ter inserido em sua Constituição como regentes de suas relações internacionais os princípios da defesa da paz e da solução pacífica dos conflitos, inseriu também o do repúdio ao terrorismo.[12]

Além do mais, compete à União assegurar a Defesa Nacional e executar os serviços

---

[8] *Território brasileiro por extensão: art. 5º, §§ 1º e 2º, do CP e; art. 7º, §§ 1º e 2º, do CPM.*
[9] *Exposição de Motivos nº C-004/GM-3, de 03.11.1995, dos Senhores Ministros de Estado da Justiça e da Aeronáutica.*
[10] *Pena de Morte em Vôo (Lei 9.614/98), texto extraído do* Jus Navegandi*: www.jus.com.br*
[11] *Pena de Morte em Vôo, já referida.*
[12] *CF, art. 4º, VI, VII e VIII.*

de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras.[13] .

Também compete privativamente à União legislar sobre direito aeronáutico, e sobre regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial[14] , sobre a defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional.

Por fim, as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, destinam-se à defesa da Pátria[15] .

Conquanto não seja difícil de concordar que a ordem para destruição de uma aeronave civil é medida extrema, grave e de grande repercussão, o emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia da lei e da ordem pressupõe a defesa dos valores nacionais postos em risco, seja por uma eventual agressão alienígena, seja em face do aumento avassalador dos atos de terrorismo e das ações do crime organizado com base no tráfico ilícito de armas e de entorpecentes.

Todavia, regulamentar o abate de aeronave que necessariamente não estará atacando as aeronaves militares ou objetivos nacionalmente protegidos me parece ser, no mínimo, muito perigoso. Sobretudo quando sabemos que sequer as Forças Armadas brasileiras estão aparelhadas a contento.

Alerta o Juiz Walter Fanganiello Maierovitch, que 'surpreende o fato de o Presidente Lula estar concordando, no Brasil, com a introdução da pena de morte, mediante execução sumária. Será mais uma adesão do seu governo à americana War on Drugs, ou seja, à desumana e oportunista estratégia militar norte-americana imposta à América Latina. A que exibe o rótulo de "Abate de Aeronaves", hostis e suspeitas de estar a serviço do tráfico de drogas'.

Com clareza ímpar lembra ' que o grande traficante jamais estará ao lado do piloto contratado, que é uma espécie de mula, com brevê e avião ', referindo ainda que a nossa Aeronáutica, por falta de recursos raramente emite certificações às pistas que servem a pequenos aviões, e por isso, a maioria delas existentes no Brasil é clandestina.[16]

Não é de se perder de vista que, conquanto com ares de visível inconstitucionalidade (a lei autoriza a pena de morte que a Constituição proíbe), da forma como está proposta, a sujeição à medida de destruição da aeronave considerada hostil, somente será possível, *ex vis legis*, após "esgotados os meios coercitivos legalmente previstos", vale dizer aqueles que estiverem previstos em outra lei, lei formal, gerada a partir do processo legislativo referido no art. 59 e seguintes da Carta Magna, não podendo em hipótese alguma ser regulamentado por Decreto Presidencial, muito menos por Portaria da Autoridade Aeronáutica competente, como às vezes acontece.

[13] *CF, art. 21, III e XXII.*
[14] *CF, art. 22, I, X e XXVIII.*
[15] *CF, art. 142.*
[16] *Pena de Morte no Brasil. Linha de Frente, Revista Carta Capital, 23 de julho de 2003, p.38.*

3. ROTEIRO DE INTERCEPTAÇÃO DE AERONAVE[17]

É bom que se diga que a interceptação de aeronaves desconhecidas pela Força Aérea brasileira é comum, acontecendo, pode-se dizer, diariamente, e faz parte de seu dever.

A defesa do espaço aéreo brasileiro está a cargo do Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro (COMDABRA), situado em Brasília / DF.

Para que se tenha uma idéia geral sobre a questão, suficiente dizer que o país está dividido em 04(quatro) regiões de defesa aeroespacial, sendo que em cada uma delas existe um Centro Integrado de Defesa e Controle de Tráfego Aéreo - CINDACTA: I, em Brasília; II, em Curitiba; III, em Recife e, IV, atualmente sendo instalado em Manaus.

Em cada CINDACTA existe um observador de identificação e vigilância, permanentemente em serviço, destinado a identificar as aeronaves em vôo, sejam civis ou militares. As aeronaves civis de transporte de passageiros já possuem planos de vôo definido, de modo que à medida que uma delas entra no radar será naturalmente identificada (VASP, TAM, etc.).

Toda vez que se observa um *plot* [18] na tela do radar, a aeronave será considerada desconhecida, se o órgão controlador de vôo dela não possuir o respectivo plano. A bem da verdade são necessários três (03) minutos para que a aeronave seja identificada, após o que, será considerada desconhecida.

Mesmo desconhecida, o estado de alerta somente será dado após a identificação de alguns parâmetros de perigo.

O alerta é dado pelo Supervisor que se encontra de serviço no CINDACTA, diretamente ao Supervisor de serviço no Centro de Operações de Defesa Aérea (CODA), também situado em Brasília.

Dado o alerta para uma aeronave desconhecida, o CODA determina que uma aeronave militar, caça ou tucano, decole para fazer a interceptação.

As aeronaves militares de interceptação poderão partir das Bases Aéreas de Anápolis, Rio de Janeiro, Natal, Canoas, Porto Velho e Boa Vista, e serão caças ou tucanos, dependendo do tipo de aeronave a ser interceptada.

Aqui deve-se abrir um parênteses para esclarecer que haverão oportunidades em que a interceptação ficará prejudicada, v.g., se a aeronave é pequena e estiver voando a baixa altitude, ocasiões em que melhor seria interceptá-la de helicóptero, nem sempre disponíveis. Nesses casos, as informações são repassadas para a Polícia Federal, com indicação do provável aeródromo onde a aeronave desconhecida poderá pousar, e nem sempre poderão ser fiscalizadas.

Basicamente, o roteiro a ser seguido para a interceptação da aeronave desconhecida já está previsto no IMA 100-12[19], sendo o seguinte:

---

[17] Estabelecido com base em informações recebidas de Oficiais da FAB, durante visita feita à Base Aérea de Santa Maria / RS.
[18] Ponto luminoso que representa graficamente o deslocamento da aeronave no radar.
[19] O IMA 100-12 é o conjunto de Regras do Ar e Serviços de Tráfego Aéreo, aprovado pela Portaria da Diretoria de Eletrônica e Proteção de Vôo, do Ministério da Aeronáutica, em 25.06.1999.

1º) RECONHECIMENTO À DISTÂNCIA – onde a aeronave militar permanece atrás e logo abaixo da aeronave desconhecida, com possibilidade de o piloto militar identificar a matrícula do avião em questão, retransmitindo ao CINDACTA, que poderá lançar mão de outros meios para a efetiva identificação.

2º) ACOMPANHAMENTO DISCRETO – onde o piloto militar manterá sua aeronave acompanhando a desconhecida, a uma distância segura e sem ser percebido.

3º) INTERROGAÇÃO – a aeronave militar sai de trás da aeronave desconhecida e coloca-se ao lado da mesma, para que o piloto desta possa vê-lo. Nessa hipótese, o piloto militar entrará na freqüência do alvo, questionando-lhe sobre procedência, destino, finalidade do vôo, etc. Em português, inglês, ou, até mesmo por sinais visuais para que o piloto interceptado possa saber do que se trata.

4º) MUDANÇA DE ROTA – o piloto da aeronave militar, mantendo-se ao lado esquerdo da aeronave desconhecida, determinará ao piloto desta a mudança de rota orientado pelo CINDACTA.

5º) POUSO FORÇADO – o piloto militar determinará que a aeronave desconhecida pouse no aeródromo mais próximo para ser fiscalizado pelas autoridades em terra.

Com a edição da Lei nº. 9.614/98, este roteiro está acrescido de mais duas etapas:

6º) *TIRO DE AVISO* – quando as ordens anteriores de identificação, mudança de rota e pouso forçado foram desobedecidas, visando forçar a aeronave a pousar.

7º) *TIRO DE DESTRUIÇÃO* – in extremis, após a classificação da aeronave interceptada como hostil.

Tiro de Destruição - *in extremis*, após a classificação da aeronave interceptada como hostil.

Importante salientar que existe um sistema que permite a escuta simultânea da conversa entre o piloto militar, piloto da aeronave interceptada, CINDACTA e CODA.

Em uma visão lúcida do tema, o Brigadeiro-do-Ar Teomar F. Quírico, coloca em discussão se é apenas com a lei do abate que a Força Aérea pode cumprir sua missão.

E prossegue lembrando que independente do fato de serem ridicularizados por tripulantes bandidos que lhes fazem gestos obscenos ou, simplesmente, ignoram os caças da FAB quando interceptados, eles fazem meia volta e retornam ao aeródromo de origem, fora de nosso País.

Naturalmente, diz o Brigadeiro, 'poderá haver o caso de que uma dessas aeronaves bandidas tenha autonomia suficiente para cruzar todo o nosso espaço aéreo e entrar em um país vizinho sem que possamos fazer nada para forçá-la a pousar. Nesse caso, se tivermos acordos diplomáticos e operacionais com esses países,

um caça da Força Aérea do país vizinho assume o acompanhamento e assim sucessivamente até o pouso dessa aeronave em algum lugar – uma hora o combustível dela vai acabar e vai ter que pousar. Friamente e profissionalmente falando, nós da Força Aérea estaremos cumprindo nossa missão.

O ponto a que desejo chegar é que a lei do abate não é a única maneira de a Força Aérea cumprir sua missão. E o que me preocupa é que estamos passando para os nossos oficiais, principalmente aqueles mais jovens, a impressão de que sem ela nada poderá ser executado.'[20]

4. ASPECTOS PENAIS FRENTE A UM EVENTUAL ABATE DE AERONAVE

Regulamentada ou não a lei, não é de se desprezar a possibilidade de, em determinadas circunstâncias, vir a ocorrer o chamado 'tiro de destruição'.

Conforme lembrou Walter Fanganiello Maierovitch, '*conquanto a legislação passe a falsa idéia de se estar abatendo aeronaves, a bem da verdade, se estará matando as pessoas que as estiverem ocupando'.*[21]

Em isso ocorrendo, caberá ao Poder Judiciário o julgamento da ação, já que traduz-se em cláusula pétrea a afirmação constitucional de que ' a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.'[22]

A hipótese de abate de aeronave (com conseqüentes homicídios de seus tripulantes e passageiros) encontra identidade no Código Penal Militar, ou seja, consideram-se crimes militares, em tempo de paz, os crimes previstos neste código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados por militar em serviço, ou atuando em razão da função, ainda que fora de lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou civil.[23]

Trata-se, em tese, dentre outros possíveis enquadramentos, de homicídio qualificado pelo recurso que dificulta ou torna impossível a defesa da vítima (tiro de canhão em pleno vôo).[24]

Daí decorre a obrigatoriedade de instauração do competente inquérito policial militar – IPM, de ofício pela autoridade aeronáutica competente, ou em cumprimento à requisição do Ministério Público Militar, a qual não poderá ser desobedecida, podendo o representante do *Parquet* acompanhar a investigação, propor diligências bem como exercer o controle externo daquela atividade de polícia judiciária militar.[25]

Será o Ministério Público Militar que irá fazer seu juízo de convencimento sobre o oferecimento da denúncia, lembrando que havendo prova do crime e indícios de autoria deve ofertá-la, já

[20] *Lei do Abate: problema ou solução? Minha opinião, Revista Aerovisão nº 205, Centro de Comunicação da Aeronáutica, Brasília, outubro / dezembro de 2002, p. 30*
[21] *Pena de Morte no Brasil, Revista Carta Capital, já citada.*
[22] *CF, art. 5º, inciso XXXV.*
[23] *CPM, art. 9º, inciso II, alínea 'c'.*
[24] *CPM, art. 205, § 2º, inciso IV.*
[25] *CF, art. 129, incisos VII e VIII; Lei Complementar nº 73/93, art.7º, inciso II*

que vige nessa fase o princípio do 'in dubio pro societatis'.

Será na fase de instrução do processo que se verificará, a existência ou não de alguma excludente, seja de criminalidade, seja de responsabilidade, em favor, tanto do autor do disparo quanto de quem o ordenou[26] , seja a autoridade delegada (hipótese mais provável), seja o próprio Presidente da República.

Em um primeiro momento nos parece que a ação do piloto estará se dando em obediência à ordem hierárquica (e aí se submete à verificação da própria validade da ordem), sendo essa circunstância preferível à da excludente do 'estrito cumprimento do dever legal', por não ser crível imaginar-se que a Lei do Abate teria o condão de transformar o piloto militar autor do disparo de destruição em executor de uma pena sem o devido processo legal, isento de qualquer verificação.

Conforme já dissemos anteriormente, '*se o ato é praticado em obediência à ordem hierárquica, ensina Silvio Martins Teixeira (1946:91), que deve ser obedecida, a causa do crime não é a vontade de quem obedeceu, mas a de quem ordenou. Esse critério é no Código Penal Militar ainda mais justificável, porque deve o legislador ter em vista os casos de ordem em matéria de serviço de quem, por disciplina, precisa ser obedecido.*

Corroborando o entendimento do velho penalista, Damásio E. de Jesus (1994:73) leciona que em certos casos a obediência deve ser absoluta e não relativa, como acontece no sistema militar, em que não cabe ao subordinado a análise da legalidade da ordem. Então, se a ordem é ilegal é ilegal também o fato praticado pelo subordinado. Mas como não lhe cabe discutir sobre sua legalidade, encontra-se no estrito cumprimento do dever legal (dever de obedecer a ordem).[27]

A simples destruição de uma aeronave civil em vôo, já indicia a antijuridicidade da ação, que somente será afastada durante a fase da instrução do processo, se ficar provado, extreme de dúvidas, a ocorrência de uma causa excludente em favor tanto do piloto militar quanto do superior que deu a ordem para o abate, a autoridade militar que recebeu a delegação do Presidente da República, e que estava em serviço no Centro de Operações de Defesa Aérea (CODA).

Como esclarece o Brigadeiro Teomar F. Quírico, 'abater uma aeronave em vôo, condenando seus ocupantes à morte, não é uma decisão simples ou trivial. Para fazermos isso tem que ter 100% de certeza de que aquela aeronave está executando uma ação contrária aos interesses nacionais, certeza de que ela está transportando contrabando ou fazendo narcotráfico. Certeza absoluta é mandatória'.[28]

Não se deve perder de vista que o emprego de força sempre foi admitido em nosso direito, grife-se "se houver resistência da parte de ter-

[26] *CPM, artigos 38, 39, 40 e 42.*
[27] *Comentários ao Código Penal Militar, vol.1 – Parte Geral, 4ª edição, Editora Juruá, Curitiba, p. 104/105.*
[28] *Lei do abate: problema ou solução, Revista Aerovisão, já citada.*

ceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e seus auxiliares, inclusive a prisão do ofensor."[29]

Ora, em princípio uma aeronave que desobedece às ordens do interceptador para pousar em local determinado – atitude passiva, sem que da aeronave interceptada venham disparos contra a aeronave militar ou contra alvos nacionalmente protegidos não estará resistindo, apenas foge, ou prossegue voando ignorando a aeronave militar.

Difícil então ver, nessas circunstâncias – onde não há hostilidades da aeronave interceptada, fundamento para sua destruição com a conseqüente morte daqueles que a ocupam.

Imagine-se uma lei que autorizasse a polícia a destruir veículos que não obedecessem a ordem de parar em seus bloqueios de trânsito. Seria o caos.

A bem da verdade, *sponte sua*, a polícia por vezes dispara contra veículos em fuga estejam eles reagindo ou não contra os policiais, mas aí – reafirme-se, submetem-se ao império da lei, ou seja à análise pelo Poder Judiciário, onde em um processo regular terão oportunidade de demonstrar a necessidade dos disparos feitos e das mortes porventura ocorridas, podendo ser responsabilizados – muitas vezes o são, se não houver justificativa para tanto.

Essas hipóteses contudo, não precisam estar previstas em lei, sob pena de tornarem-se uma franquia para a destruição.

5. CONCLUSÃO

A discussão ainda é recente e a matéria é por demais polêmica. A intenção deste pequeno ensaio é contribuir de alguma forma para o aperfeiçoamento da questão, e assim, a conclusão que se impõe, ressalvado entendimento diverso e de todo respeitado é a seguinte:

A discussão acerca da Lei nº 9.614/98, vem produzindo uma polêmica crescente no cenário nacional e internacional, em face da posição contrária à Lei adotada pelos Estados Unidos e a intenção brasileira de negociar um acordo com os vizinhos Peru e Colômbia, visando relançar o programa de interdição aérea de drogas que envolve o abate de aeronave.

Da maneira como foi editada, a Lei do Abate sugere uma possível inconstitucionalidade já que acaba por instituir uma pena de morte – proibida pela Constituição[30] aos ocupantes de uma aeronave que eventualmente seja alvo do chamado 'tiro de destruição'.

A Força Aérea Brasileira possui um roteiro de interceptação de aeronaves, previsto nas Regras do Ar e Serviços de Tráfego Aéreo – IMA 100-12, já que essas operações de interceptação são freqüentes em nosso território.

Independente de regulamentação, da maneira como se apresenta, a discriminação dos meios coercitivos legalmente previstos, só poderá ser feita por lei, lei formal, gerada a partir do processo legislativo previsto na Constituição Fe-

[29] *CPPM, art. 234.*
[30] *CF, art. 5º, inciso XLVII, letra 'a'. Decreto Federal nº 2.754, de 27.08.1998, que promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, adotado em Assunção, em 08.06.1990 e, assinado pelo Brasil em 07.06.1994.*

deral. Daí decorre o entendimento de que a Lei 9.614/98 não é de aplicação imediata porque sua regulamentação não pode ser feita por decreto presidencial, e muito menos por portaria da autoridade aeronáutica.

Frente a um eventual abate de aeronave – independentemente de regulamentação, o ato de destruição será submetido ao Poder Judiciário, já que a lei não excluirá de sua apreciação, qualquer lesão ou ameaça de direito. A investigação do incidente será feita através do competente inquérito policial militar, que pode ser requisitado, acompanhado e controlado pelo Ministério Público Militar, seu destinatário e promotor exclusivo da ação penal militar.

Sistema Judiciário Militar das Forças Armadas da República da Coréia.

Coronel Seok Young Kim
Chefe da Divisão Legal Ministério da Defesa da Coréia

Competência do Procurador Militar

Os Procuradores Militares das Forças Armadas da República da Coréia desempenham funções semelhantes aos promotores civis. Em outras palavras, os procuradores militares constituem uma organização totalmente à parte. Assim cabe ao Ministro da Defesa Nacional geralmente comandar e supervisionar todos os procuradores militares. Contudo, com relação a casos específicos, os procuradores militares recebem ordens dos chefes do estado-maior de cada ramo das forças armadas. Os chefes do estado-maior de cada ramo das forças armadas gerenciam a parte administrativa das procuradorias das subunidades, e atuam como comandantes controlando e supervisionando os procuradores militares. Os comandantes das subunidades, tais como divisões e corporações, supervisionam os assuntos referentes à promotoria dentro da procuradoria de suas respectivas unidades e controlam e supervisionam seus respectivos procuradores militares.

Quando um procurador militar necessita prender um suspeito, ele deve obter autorização junto ao comandante da unidade onde sua procuradoria está localizada. Ao conduzir uma investigação com relação a um caso de sua alçada ou ao receber um caso conforme previsto no regimento, o procurador militar deve providenciar um relatório do caso e encaminhá-lo ao comandante responsável por sua procuradoria.

O Sistema da Corte Marcial

O Sistema Judiciário Militar da República da Coréia está dividido em três partes: Corte Marcial Geral, Corte Militar de Apelação e Suprema Corte da República da Coréia. A Corte Marcial Geral é o tribunal de primeira instância e tem competência sobre todos os crimes militares. E, como o próprio nome já diz, a Corte Militar de Apelação serve como tribunal de recursos. Embora não aconteça com muita freqüência, crimes militares podem percorrer todas as instâncias até chegar à Suprema Corte para uma revisão final.

Destes tribunais, a Corte Marcial Geral e a Corte Militar de Apelação estão subordinadas a um revisor. O revisor desempenha um papel fundamental em assuntos judiciais militares e tal papel foi designado para melhor lidar com

[1] *Palestra realizada na 6ª Conferência Internacional de Direito Militar e Direito da Guerra, em Budapeste/Hungria (14-18 junho de 2003).*

as circunstâncias especiais e os desafios que são exclusivos do cenário militar.

Papel do revisor:

(1) O revisor da Corte Militar de Apelação supervisiona a parte administrativa do tribunal e comanda e supervisiona a parte administrativa de todas as unidades diretamente subordinadas ao MND (Ministro da Defesa Nacional) e as Cortes Marciais Gerais do quartel-general de cada ramo das Forças Armadas.

(2) O revisor da Corte Marcial Geral supervisiona a parte administrativa de cada tribunal.

(3) O revisor das Cortes Marciais Gerais do quartel-general de cada ramo das Forças Armadas comanda e supervisiona a parte administrativa das cortes marciais gerais das subunidades.

O Tribunal e suas autoridades

O tribunal das cortes marciais consiste de juízes militares e auxiliares. Os juízes militares são juízes concursados aprovados pelo Exame da Ordem dos Advogados da Coréia ou em concurso próprio para seleção de juizes. Em outras palavras, eles são especialistas legais reconhecidos nacionalmente. O revisor seleciona os juízes militares e designa um desses juízes militares para presidir o tribunal. Com relação à Corte Militar de Apelação, três (3) juízes militares são escolhidos a cada julgamento. Contudo, em casos designados pelo revisor, o tribunal pode ser complementado com dois (2) auxiliares.

Os auxiliares são profissionais que ainda não chegaram a juiz – o que significa que ainda não são especialistas - mas têm conhecimento suficiente sobre as leis que regem crimes militares e cuja boa conduta moral e ampla experiência militar os qualifica para participar do processo judicial como parte do tribunal. Os auxiliares são escolhidos pelo revisor.

Decisão judicial

Após o tribunal apresentar sua decisão, o revisor deve confirmar todas as decisões, exceto as seguintes: "Inocente"; "Exoneração de Culpa"; "Adiamento da Pena"; e "Suspensão da Pena". Caso haja um motivo para se acreditar que a sentença apresentada é muito severa para o crime cometido, o revisor pode reduzir a sentença original a uma sentença mais leve considerada mais apropriada. . A confirmação pelo revisor deve ocorrer num prazo de dez (10) dias a partir do dia em que a sentença é proferida. O resultado final deve ser encaminhado ao acusado e ao procurador militar num prazo de cinco (5) dias. Caso não haja uma confirmação por parte do revisor num prazo de dez (10) dias, entende-se que a decisão da Corte Marcial foi mantida. O tempo entre a confirmação da sentença e seu encaminhamento ao acusado e ao procurador já é considerado como parte do cumprimento da sentença.

Execução da sentença

No caso de haver mais de uma sentença, exceto no caso das qualificadas como perda ou suspensão, multa e confisco, a execução das sen-

tenças ocorre por ordem de severidade – da mais severa para a menos severa.

No caso de um indivíduo sentenciado à pena de morte, confinamento com ou sem trabalho, ou cuja prisão não esteja sob custódia, o procurador militar deve intimar o acusado e fazer cumprir a sentença. Contudo, para intimar um indivíduo cuja pena foi suspensa, o procurador deve obter a aprovação do comandante de sua unidade.

Diagrama

Quando uma atividade criminosa ocorre, o suspeito é detido e levado sob custódia. Após a prisão do suspeito, a polícia militar deve encaminhar o caso para o procurador militar que decidirá se deve indiciar o suspeito ou não, com base nas evidências apresentadas. O procurador militar tomará a decisão de não indiciá-lo por um dos seguintes motivos: trancamento do inquérito; falta de provas; inexistência de atividade criminosa; falta de competência para acusar; ou suspensão de indicia-mento. Embora o suspeito não tenha sido indiciado, o procurador militar pode encaminhar o caso para o comitê disciplinar. Porém, se o procurador militar indiciar o suspeito, este irá a julgamento na Corte Marcial Geral.

Após o julgamento pela Corte Marcial, como discutido anteriormente, o revisor confirmará a sentença e pode haver impetração de recurso junto à Corte Militar de Apelação e depois à Suprema Corte da Coréia para uma revisão final.

Reforma

Portanto esta é uma visão geral de como o atual sistema de justiça militar é administrado na Coréia. O sistema atual tem cumprido bem o seu papel junto às Forças Armadas Coreanas há mais de cinco décadas; contudo reconhecemos que com a mudança dos tempos, o sistema também precisa mudar.

Os procuradores-gerais de cada ramo das Forças Armadas e o Ministro da Defesa Nacional estão permanentemente solicitando estudos e consultorias a várias instituições com o intuito de manter nossos objetivos de ter um sistema realmente eficiente e justo que também possa atender o objetivo militar de manter os altos padrões de moralidade e a ordem disciplinar. O sistema que está sendo usado atualmente já é resultado de vários esforços de reforma. Atualmente já existe um novo processo de reforma em andamento.

"... se o procurador militar indiciar o suspeito, este irá a julgamento na Corte Marcial Geral..."

Duas áreas da reforma que são relevantes para esta conferência e que nós gostaríamos de compartilhar com vocês hoje dizem respeito ao po-

der que o revisor tem para reduzir penas e também com relação à prática de constrangimento ilegal.

Atualmente, o revisor tem autoridade unilateral para reduzir penas determinadas pelas Cortes Marciais e muitas críticas e preocupações têm sido manifestadas contra seu poder ilimitado para alterar decisões judiciais das Cortes Marciais.

Em resposta a tais críticas e sugestões de que o exercício do poder por parte do revisor deve ser executado com consistência e de forma a não minar o processo de justiça militar, as seguintes reformas já estão em andamento.

Primeiramente, quando o revisor reduz uma pena dada por uma Corte Marcial, ele deve produzir uma documentação que explique as razões pela qual a pena foi reduzida e encaminhar esta documentação para a procuradoria-geral. Em segundo lugar, o procurador-geral de cada ramo das Forças Armadas recolhe toda a documentação apresentada referente à redução da pena e elabora dois (2) relatórios anuais que são encaminhados aos comandantes e ao Conselho Geral do Ministério da Defesa Nacional. O Procurador-Geral também disponibiliza tais publicações sobre padrões de redução de pena que servirão de norma na redução de penas. Estas publicações servirão de referência para os comandantes quando eles reduzirem uma pena no processo de confirmação.

Um outro esforço de reforma é o que regulamenta os regimentos que proíbem a prática de constrangimento ilegal sobre os membros da Corte Marcial, sendo a intenção por trás desta legislação a de proibir o revisor de censurar, reprimir ou repreender qualquer membro da Corte Marcial com relação a seus pareceres ou sentenças.

A soma de nossos esforços para reformar nosso sistema de justiça militar tem sido bem recebida em nosso país. Nosso maior objetivo é assegurar que nosso sistema de justiça militar seja realmente um "sistema" de lei e justiça e não um processo cujo resultado é fruto de decisões arbitrárias dos homens.

Anexo

Military Justice System of the Republic of Korea Armed Forces

Artigo Original

Colonel Seok Young Kim

Chief Legislative Division Ministry of National Defense, Republic of Korea

Authority of Military Prosecutor

The Military Prosecutors of the Republic of Korea Forces perfom their civilizan conterparts. In other words, the military prosecutors make up an entirely separate organization. Just as the minister of national defense generally commands and supervises all military prosecutors. However, with respect to specific cases, military prosecutors take orders from the chiefs of staff of each branch of the armed forces. Chiefs of staff of each branch of the armed forces manage the administrative affairs of prosecutor's offices at lower units, and commands and supervises military prosecutors as their commander. The commanders of lower units, such as divisions and corps, oversee the prosecutorial affairs of their respective units, and command and supervise military prosecutors detailed thereto.

When a military prosecutor seeks to arrest a suspect, he or she must obtain approval from the commander of the unit in which the prosecutor's office is located. When military prosecutor has conducted investigation concerning a case at hand or has been forwarded a case in accordance to relevant regulations, he or she must provide a report concerning thereto to the commander of the unit in which the prosecutor's office is located.

Court-Martial System

The Republic of Korea Military Judicial System is a three-tier system, composed of the general court-martial, the court of military appeals, and the supreme court of the republic of Korea. The General Court-Martial is the court of the first instance and has general jurisdiction over all military criminal cases. And, as the name suggests, court of military appeals serves as the appellate court. Although rare, military cases can go all the way up to the supreme court for final review.

Of these courts, general courts-martial and court of military appeals are convened by the order of convening authority. Convening authority play a substantion role in the military judicial affairs and such a role is designed to best meet the special circumstances and challenges that are unique to the military setting.

The role of the convening authority are as follows:

(1) The convening authority of the court of military appeals oversees administrative affairs of the court, and commands and supervises the administrative affairs of units directly subordinate to the MND and general courts-martial at he HQ of each branch of the armed forces.

(2) The convening authority of general court-martial oversees the administrative affairs of such court.

(3) The convening authorities of general courts-martial at he HQ of each branch of the armed forces commands and supervises the administrative affairs of general courts-martial at lower units.

The Bench and its authorities

The bench of the courts-martial consists of military judges and adjudicators. Military judges are judge advocate officers who have either passed the Korean Bar Examination or the judge advocate appointment examination. In other words, they are nationally certified legal specialists. Convening authority details military judges and selects one of the military judges to head the bench. As for court of military appeals, three (3) military judges are detailed for any given trial. However, in cases designated by the convening authority, the bench may be supplemented with two (2) adjudicators.

Adjudicators are officers who are not judge advocate officers – which means that are not legal specialists – but have substantive knowledge in military criminal law and whose good moral character and extensive military experience qualifies them to participate in the judicial process as a member of the bench. Adjudicators are appointed by the convening authority.

Sentencing

Once the bench renders its decision, the convening authority must confirm all decisions, except for the following decisions: "Not guilty"; "Dismissal of charge"; "Stay of execution"; and "Suspension of execution". In case there is a reason to believe that the rendered sentence is too harsh for the convicted crime, convening authority may reduce the original sentence to a lesser sentence he deems appropriate. Convening authority's confirmation must occur whitin ten (10) days from the date when the sentence is rendered. The confirmation result must be forwarded to the dependant and military prosecutor within five (5) days thereafter. In case ten (10) days pass without convening authority's confirmation, it is presumed that the decison of the court-martial has been confirmed as sentenced. The time consumed for confirming the sentence and forwarding the confirmation to the dependant and the prosecutor is accounted for in the sentence execution.

Execution of sentence

In case multiple sentences are rendered, with the exception of qualification

loss or suspension, fine, and forfeiture, execution of sentence occurs in the order of their severity – from more severe less severe.

In case an individual sentenced to capital punishment, confinement with or whithout labor, or detention is not under custody, military prosecutor must summon him or her and excecute the sentence. However, in order to summon an individual whose excecution of sentence has been suspended, military prosecutor must obtain approval from the commander of the unit in which the prosecutor's office is located.

Diagram

You will see at the top that when criminal activity occurs, he will be apprehended and taken into custody. Once the suspect is apprehended, the military police must forward the case to the military prosecutor, who will then decide whether to indict the suspect or not based on the presented evidence. Military prosecutor may decide not to indict for any of the following reasons: suspension of indictment; lack of allegation; lack of criminal activity; lack of authority to prosecute; or stay of indictment. Even though the suspect is not indicted, the military prosecutor may still forward his case to the disciplinary committee. In case the military prosecutor indicts the suspect, however, the suspect will face trial at the general court-martial.

Following trial by court-martial, as discussed a few minutes ago, the convening authority will confirm the rendered sentence and the case may be appealed to the court of military appeals and then to the supreme court of Korea for final review.

Reform

Now, that is the general overview of how the current military justice system is administered in Korea. The current system has served the Korean Armed Forces well for more than five decades; however, we recognize that with the change of time, the system must also forego change.

The judge advocate general's corps of each branch of the armed forces and the ministry of national defense constantly conduct research and engage in consultations with various instituions in order to meet our objective of having the most efficient and just system, that will also fulfill the military objective of maintainin high morale and disciplinary order. The system that is currently in place is the result of many reformation efforts. Currently, we are undergoing yet another process of reform.

Two areas of reform that is relevant to this conference and that I would like to share with you today concern the convening authority's power to reduce sentence and exertion of unlawful influence.

Currently, the convening authority has unilateral authority to reduce sentence adjudged by the courts-martial, and there have been criticisms and expressed concerns

relating to his uninhibited power to alter the judicial decision of the courts-martial.

In response to such criticism and suggestions that the convening authority's exercise of his power to reduce sentence ought to be executed with consistency and in a manner that does not undermine the military justice process, the following reformations are underway.

First, when the convening authority reduces a sentence rendered by a court-martial, he must produce a documentation that explains the rationale behind such reduction and submit the said documentation to the judge advocate general's office. Second, judge advocate general of each branch of the armed forces must collect all submitted documentation on sentence reduction and produce a biannual analysis report thereof, which is circulated to commanders and reported to the office of general counsel at the ministry of national defense. Also, the judge advocate general's office of each branch of the armed forces plans to circulate publication on sentence reduction standard, which is designed to provide guidelines on sentence reduction. This publication will serve as a reference to follow for commanders when they reduce sentence in the confirmation process.

Another reformation effort consits of codifying legislation that prohibits exertion of unlawful influence on the members of the court-martial. Generally speaking, the intent behing this legislation is to prohibit convening authority of any commanding officer from censuring, reprimanding, or admonishing any member of the court-martial with respect to the findings or sentence adjudged.

The confluence of our efforts to reform our military justice system has been received well at home. It is our ultimate objective to ensure that our military justice system is truly a "system" of law and justice, rather than a process whose outcome is determined by arbitrary decisions of men.

O Perito Legista deve comparecer ao local da morte?

Dr. Leví Inimá de Miranda
Major Médico do Exército Brasileiro[1]

O exame do cadáver, no local de morte, na escola francesa, recebe a denominação de levantamento do cadáver, posto que o legista é chamado a colaborar com o magistrado, no sentido de descobrir todos os elementos que possam orientar e ajudar a investigação judicial. Assim, inicialmente, o cadáver é examinado no local onde haja sido descoberto, cabendo ao legista determinar a forma médico legal da morte (homicídio, suicídio, acidente), sobre as fases de uma agressão, sobre circunstâncias de luta e sobre a identidade, dentre outras.

Em nosso país, o levantamento do cadáver, lá da escola francesa, recebeu, de MANUEL FREIRE DOS SANTOS, segundo informou, em seu consagrado livro, o saudoso mestre FLAMÍNIO FÃVERO, a denominação de perinecroscopia, neologismo adotado e difundido por OSCAR FREIRE. A perinecroscopia consiste no exame do local onde ocorreu a morte de um indivíduo, cuja causa interessa à Justiça — causa jurídica da morte —, bem como o exame do corpo nesse local. Logo, dever-se-á examinar o local e o corpo no local – exame do corpo e do corpo em relação ao meio.

O exame do local, per si, é atribuição exclusiva, primordial, do perito criminalista; assim, cabe ao perito legista acompanhá-lo minudentemente, para extrair as preciosas informações nele contidas, sempre valiosas. O exame do corpo no local é a parte da perinecroscopia que compete ao perito legista. Assim, será examinado o corpo e o corpo em relação ao meio. Portanto, o local deve ser compartilhado, cientificamente, pelo criminalista e pelo legista.

Todavia, em nosso país, instituiu-se que o local pertence exclusivamente ao criminalista e, além do levantamento pericial do local, passaram os criminalistas a versar também sobre o corpo, mas sem o necessário conhecimento, que os legistas detêm. E legistas vários passaram a comungar da idéia, errônea, de que o local deve ser freqüentado apenas por criminalistas, o que fez com que as perícias se tornassem pouco informativas, além de falhas, para a justiça.

Desta forma, perde-se a valiosa contribuição científica do concurso, conjunto, de criminalistas e legistas, posto que, quando o corpo é encaminhado aos Institutos Médico

---

O autor é Perito Legista pela Sociedade Brasileira de Medicina Legal, pelo Conselho Federal de Medicina e pela Academia de Polícia Civil Dr. Sylvio Terra – ACADEPOL/RJ. É Perito Legista da Polícia Civil do estado do Rio deJaneiro (Instituto Médico Legal Afrânio Peixoto) e Perito Legista Chefe do Serviço de Medicina Legal do Hospital Central do Exército (HCE/RJ). Ex-Professor de Medicina Legal do Curso de Medicina da Fundação Técnico-Educacional Souza Marques. Membro da Ordem do Mérito Ministério Público Militar

Legais, e necropsiados por nós legistas, não recebemos qualquer informação sobre o local de morte, sequer sobre a dinâmica do evento, o que gera, por vezes, erronias nos laudos médico legais, por absoluta e total desinformação. E deve-se ressaltar que o Brasil é um dos poucos países em que o legista, infelizmente, não comparece aos locais de morte, por culpa nossa, enquanto legistas, mas também porque os ensinamentos dos grandes mestres do passado foram esquecidos ao longo dos tempos, por legistas mais novos.

Em nossa experiência, à frente das perícias médico legais do Serviço de Medicina Legal do Hospital Central do Exército/RJ, temos exercitado, freqüentemente, a perinecroscopia, com indubitáveis valores tanto para os laudos dos criminalistas quanto para os nossos próprios laudos médico legais; e, assim, vimos acumulando larga experiência também nos locais de morte, o que nos tem permitido participar e realizar inúmeras Reproduções Simuladas de Locais de Morte, cujos laudos têm contribuído, em muito, com a Justiça Militar da 1ª CJM.

Em nossa modesta, porém experiente e válida, opinião, tal atitude deve ser mudada, a partir do momento em que se reconheça a necessidade da contribuição do legista, no local de morte, examinando o corpo e o corpo em relação ao meio. Não se pretende, com isso, usurpar o indelével ofício do criminalista, mas, precipuamente, melhor atender ao destinatário dos laudos: a justiça.

Da competência no caso de armas proibidas e restritas.

Paulo Roberto Bérenger Alves Carneiro
Procurador da República

Diz a Lei 9.437/97 em seu art. 10§2º:

'Art.10§2º. A pena é de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito.'

Armas proibidas são aquelas que não podem ingressar em território nacional, isto é, cujo trânsito no país é defeso pela legislação vigente e o seu ingresso, além de configurar o crime previsto na lei já referida, pode tipificar o crime previsto no art. 334 do Cód. Penal.

O Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000 que aprovou o Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105) assim define armas de uso permitido:

'Art. 3º. Para os efeitos deste Regulamento e sua adequada aplicação, são adotadas as seguintes definições:

(...) omissis

XVII – arma de uso permitido: arma cuja utilização é permitida a pessoas físicas em geral, bem como a pessoas jurídicas, de acordo com a legislação normativa do Exército.

Por outro lado, são proibidas as armas cujo uso não é permitido pelo art. 17 do mesmo Decreto (que em onze incisos enumera as armas cujo uso é permitido).

Assim, sempre que forem internadas no país qualquer armamento cujo uso não é permitido às pessoas físicas em geral, bem como às pessoas jurídicas, de acordo com a legislação mencionada, o sujeito responsável pelo ingresso poderá ser responsabilizado pelo crime tipificado no art. 334 do Cód. Penal (contrabando).

O mesmo art. 3º em seu inciso XVIII define as armas cujo uso é restrito como aquelas que só podem ser utilizadas pelas Forças Armadas, por algumas instituições de segurança, e por pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Exército, de acordo com a legislação específica.

O art. 16 do referido decreto define as armas cujo uso é restrito às Forcas Armadas ou às pessoas mencionadas no inciso XVIII do art. 3º (são mencionados vinte e um incisos).

Assim, aquele que praticar qualquer das condutas tipificadas no art. 10, 'caput' da Lei nº 9.437/97 com armas de uso restrito ou proibido sofrerá as sanções penais previstas no art. 10§2º da referida Lei.

Aqui é bom frisar que aquele que fizer uso de arma restrita sem autorização também estará utilizando arma de uso não permitido, ou seja, proibida e, se esta arma for estrangeira e for internada no país por pessoa que não tenha autorização do Exército ou pelo próprio Exército, também responderá pelo crime previsto no art. 334 do CP.

No caso de o agente praticar uma das condutas tipificadas no art. 10, 'caput' da Lei nº 9.437/97 e também ficar provado – através de laudo pericial – que a arma além de ser de uso proibido ou restrito também é fruto de contrabando ou descaminho, a Justiça Federal será competente para conhecer o fato.

Entretanto, se não ficar provado que a arma teve origem estrangeira (por exemplo, arma de fabricação nacional) será competente a Justiça Comum Estadual.

No entanto, deve-se indagar se mesmo que a arma seja, por exemplo, de fabricação nacional, mas o seu uso seja restrito, o crime daí decorrente não ofenderia interesse da União Federal e, em conseqüência, um dos Juízes Federais seria competente para conhecer da causa, de acordo com o art. 109, inciso IV da Constituição Federal que assim dispõe:

'Art. 109. Aos Juízes Federais compete processar e julgar:

(...) *omissis*

IV – os crimes políticos e as infrações penais, praticadas em detrimento de bens, serviços e ***interesses da União*** *ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.' (grifo meu)*

Afinal, é da União Federal o interesse em reprimir o uso de armas restritas às Forças Armadas já que estas fazem parte da Administração Militar da União.

Este, pois, é um raciocínio que me parece que mais se coaduna com o sistema constitucional pátrio. Entretanto, não é este o sentir da maior parte da jurisprudência, conforme os exemplos que se seguem:

PROCESSUAL PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA. PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. COMPETÊNCIA. JUÍZO ESTADUAL.

O fato do agente estar portando arma de origem estrangeira ou de uso restrito*, não afasta a competência da Justiça Estadual, vez que não traduz a ocorrência de crime em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, de suas autarquias e empresas públicas. - Conflito conhecido. Competência do Juízo Estadual, o suscitado.*

(STJ/3ª Seção, CC 34546 Processo: 200200188351, Data da decisão: 11/09/2002, DJ DATA:21/10/2002, p. 272, relator: Min. Vicente Leal). (Grifo meu).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO PROIBIDO OU RESTRITO. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE CONTRABANDO. INDÍCIOS DA PRÁTICA DO CRIME DESCRI-

TO NO ARTIGO 10, PARÁGRAFO 2º, DA LEI 9.437/97. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A mera apreensão de armas de uso proibido ou restrito das Forças Armadas não caracteriza, por si só, o delito de contrabando previsto no artigo 334 do Código Penal.

2. Configurado, em princípio, o crime de porte ilegal de arma de uso privativo ou restrito previsto no artigo 10, parágrafo 2º, da Lei 9.437/97, é de se reconhecer a competência da Justiça Estadual relativamente ao inquérito policial. *(Grifo meu).*

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara de Timon/MA, suscitado.

(STJ/3ªSeção CC 34461Processo: 200200056434 Data da decisão: 26/06/2002 Documento: STJ000465268 DJ DATA:09/12/2002, p. 282, relator: Min. Hamilton Carvalhido).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. APREENSÃO. ARMA DE USO PRIVATIVO DAS FORÇAS ARMADAS. LEI Nº 7.170/83. INAPLICABILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1- A eventual apreensão de arma de fogo de uso privativo das Forças Armadas não desloca a competência para a Justiça Militar nem para a Justiça Federal, por faltar conotação política na conduta em comento de molde a enquadrá-la na Lei de Segurança Nacional, como também qualquer maltrato a bens, interesses ou serviços da União, uma vez que o simples porte não traduz importação ou introdução fraudulenta do armamento no território nacional.

2- Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Comum Estadual.

(STJ/3ª Seção, CC 21396/SP; DJ de 29/03/1999, pg. 73, relator: Min. Fernando Gonçalves) (Grifo meu).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. ARMA DE USO PRIVATIVO DAS FORÇAS ARMADAS APREENDIDA COM CIVIL. CONTRABANDO NÃO-CARACTERIZADO. INOCORRÊNCIA DE LESÃO OU PERIGO DE LESÃO AOS BENS TUTELADOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1- A apreensão de arma de uso exclusivo das Forças Armadas com civil não enseja, por si só, a competência da justiça federal para o processo e julgamento do feito, ainda mais se afastada a possibilidade da ocorrência de contrabando – tendo em vista laudo pericial atestando a sua fabricação em território nacional, e a inocorrência, em princípio, de lesão ou perigo de lesão à integridade territorial, à soberania nacional, ao regime representativo e democrático, à federação, ao

estado de Direito, ou à pessoa dos chefes dos poderes da União.

2- Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 12ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, o Suscitado.

(STJ/3ª Seção, CC 22889/RJ; DJ de 24/05/1999, pg. 91, relator: Min. Gilson Dipp). (Grifo meu).

Decisões mais recentes, no entanto, estabelecem a competência da Justiça Estadual somente nos casos em que o porte é de arma de fogo de uso permitido. Veja-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PROIBIDO. COMPETÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA.

1. Tendo o acusado, em seu poder, cédulas falsas, sem propiciar ao julgador, com base em provas, um fundamento razoável na linha de defesa de que as recebera de boa-fé, é de confirmar-se o decreto condenatório, nos termos do art. 289, § 1º - CP, especialmente em face das circunstâncias probatórias indicadoras de que as colocaria em circulação.

2. Não sendo as circunstâncias judiciais (art.59 - CP) adversas ao réu, cujo comportamento funcional - atos de heroísmo e bravura na vida militar - foi destacado pelo julgador, não se aconselha a adoção de pena-base além do mínimo legal, mesmo na constância de processos criminais em andamento.

3. O crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (Lei nº 9.437/97 - art. 10), é da competência da justiça estadual, exceto se houver conexão instrumental - quando a prova de uma das infrações ou de qualquer das suas circunstâncias elementares influir na prova da outra - com crime da competência da justiça federal (Súmula 122 - STJ). Precedentes do STJ.

4. Anulação da sentença quanto ao porte de arma de fogo. Provimento parcial da apelação.

(TRF/1ª Região/3ª Turma,ACR35000060870 Processo: 200135000060870 UF: GO Data da decisão: 08/10/2002 Documento: TRF100137611 Fonte DJ DATA: 18/10/2002, p. 34, relator: Des. Olindo Menezes). (Grifo meu).

CRIME CONTRA A FAUNA (L. 9.605/98, ART. 29). PORTE DE ARMA DE FOGO (L. 9.437/97, ART. 10). COMPETÊNCIA.

Crime contra a fauna. Precedente em que ficou firmada a incompetência da Justiça Federal (QO/RCCR 2000.71.07.007215-6/RS, j. 17/10/2001, 4ª Seção). - Porte de arma de fogo, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. - No caso pode prevalecer o en-

tendimento do e. STJ pela competência estadual (STJ, HC nº 12644, Rel. Min. Félix Fischer) uma vez que o réu reside e praticou o fato no mesmo Estado da Federação e a atribuição dos Estados de fiscalizar esse comportamento fica restrita aos limites de seu território (art. 7º, § 1º, Lei 9.437/97). Acaso se desse o delito fora do território do Estado de domicílio do infrator, não poderiam os Estados envolvidos logicamente exercer essa fiscalização. - Desprovimento do recurso para determinar a remessa dos autos à Justiça Estadual.

TRIBUNAL/ 4ª Região/8ª Turma, RSE2924, Processo:200071000056447 Data da decisão: 04/03/2002 Documento: TRF400083346 Fonte DJU DATA:20/03/2002, p. 1416, relator: Des. Volkmer de Castilho. (Grifo meu).

Compete à Justiça Federal julgar crime de contrabando de arma privativa das Forças Armadas.

Entretanto, na repressão às armas de uso restrito às Forças Armadas um leque de possibilidades se abre.

Se o uso das armas privativas das Forcas Armadas tiver por fim lesar ou expor a perigo de lesão a integridade territorial e a soberania nacional, o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de direito ou a pessoa dos Chefes dos poderes da União, o crime poderá ser tipificado no art. 12 da Lei nº 7.170/83 que assim dispõe:

'art. 12. Importar ou introduzir, no território nacional, por qualquer forma, sem autorização da autoridade federal competente, armamento ou material militar privativo das Forças Armadas.

Pena- reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Parágrafo único – Na mesma pena incorre quem, sem autorização legal, fabrica, vende, transporta, recebe, oculta, mantém em depósito ou distribui o armamento ou matéria militar de que trata este artigo.'

Nesse caso, a Justiça competente será evidentemente a Federal, pois o caso ofende interesses da União qual seja, a preservação da sua unidade política-territorial e não a Justiça Militar, como pode parecer pela dicção do art. 30 da Lei nº 7.170/83. Veja-se a seguinte jurisprudência:

CONSTITUCIONAL. CRIME CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL. - COMPETÊNCIA.

Cabe à justiça federal o processo e julgamento por crime contra a segurança nacional, segundo a regra literal do art. 109, IV, da CF, oposta a do art. 30 da Lei 7.170/83, anterior à promulgação da Constituição de 1988 e por ela não recepcionada.

(STJ/3ª Seção, CC 21735/MS; DJ de 15/06/1998, pg. 10, relator: Min. José Dantas)

As condutas praticadas e tipificadas no art. 10§2º da Lei nº 9.437/97 também poderão, dependendo das circunstâncias, restarem absorvidas por algum crime de competência da Justiça Militar (Estadual ou Federal, conforme o caso), se preenchidos os requisitos do art 9º, inciso III e sua alíneas do Código Penal Militar quando cometidas por civil ou quaisquer das pessoas ali mencionadas (Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969) que assim dispõe:

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

(...) *omissis*

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, no exercício de função inerente ao cargo;

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

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

Destarte, podemos concluir da seguinte forma:

- se o agente portar arma de fogo de uso proibido ou restrito e ficar provado o descaminho ou contrabando, será competente a Justiça Federal;

- se o agente portar arma de fogo de uso proibido ou restrito e não ficar provado o crime de descaminho ou contrabando, será competente a Justiça Estadual, de acordo com a maior parte da Jurisprudência;

- se o agente portar arma de fogo de uso proibido ou restrito mas não ficar provado o contrabando ou descaminho, de acordo com a jurisprudência não há ofensa aos interesses da União Federal e

- dependendo das circunstâncias do fato, o porte de arma de fogo ficará absorvido por um dos crimes da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional) ou por um dos crimes do Código Penal Militar.

Insubmissão:
conveniência de sua descriminalização

Zilah Maria Callado Fadul Petersen[1]
Juíza-Auditora da Justiça Militar da União

1. Introdução

O Direito, como integrante da Ética, apresenta suas normas prescritivas acompanhadas de sanções correlatas ao descumprimento das obrigações jurídicas ali determinadas. E o faz dentro de um escalonamento lógico correspondente aos níveis de importância dos bens ou interesses protegidos, correlacionados a uma conseqüente gradação das sanções cominadas, culminando com a criminalização e a respectiva sanção penal.

Assim, a existência de um tipo penal, em determinado sistema jurídico positivo, sugere, de imediato, uma valoração prévia a respeito de certa conduta tendo em vista a relevância atribuída, naquele âmbito social, a determinado bem ou interesse, que passa a ser juridicamente protegido, e cuja violação configura a mais importante espécie de ilícito - o ilícito penal -, e acarreta sanção que corresponde a mais grave das espécies de sanções jurídicas existentes: a sanção penal.

Desse modo, assim como, em certos momentos, uma sociedade sente necessidade de criminalizar determinadas condutas sociais, garantindo maior proteção a bens ou interesses ali considerados, em outros momentos pode ter convicção acerca da superação de problemas anteriormente enfrentados, e verificar a desnecessidade de manutenção daquela conduta na mais alta esfera de proteção jurídica, surgindo o processo de descriminalização, correspondente à retirada, do campo penal, de condutas sociais legalmente tipificadas como crimes, com as respectivas penas a elas cominadas.

Atentando-se ao Direito Penal Militar, que no Sistema Jurídico brasileiro aparece como um Direito Penal especial, vigorando, em sua especificidade, ao lado do Direito Penal comum, verifica-se que vários são os ilícitos tipificados no Código Penal Militar suscetíveis de exame quanto à necessidade ou conveniência de sua descriminalização, numa tentativa de simplificação do processo jurídico e não de extinção do Direito Penal Castrense. Destaca-se, dentre tais crimes, o de Insubmissão, objeto deste trabalho.

Na análise da Insubmissão tal como se apresenta na estrutura lógico-sistemática do Sistema

[1] *Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, com trabalho em nível de pós-doutorado pela Universidade de Paris (Paris 2); Professora da Universidade Federal do Pará, aposentada; Professora dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da UPIS, e de Pós-graduação do UniCEUB em Brasília. Ex-Juíza da Justiça do Trabalho.*

Jurídico nacional, o ordenamento penal é ultrapassado atingindo-se normas constitucionais, e outras infra-constitucionais, em especial referentes ao direito correlato ao tipo penal em questão, bem como as que estabelecem a forma de exigibilidade daquele direito, tudo no sentido de ser verificada a possibilidade jurídica da simples exclusão do tipo criminal e da respectiva sanção, a necessidade da manutenção daquele tipo penal, ou a conveniência de exclusão daquele tipo e substituição da sanção penal por outra sanção que, embora de natureza diversa, apresente a compulsoriedade necessária à garantia do direito protegido.

2 O Sistema Jurídico como ordem aberta e móvel

Diversa é a conceituação do Direito na doutrina jurídica universal. Ora o termo é entendido como sinônimo de Ordenamento Jurídico ou de Direito Positivo, ora como equivalente a Direito objetivo e seu correlato subjetivo. É, assim, utilizado quer para indicar uma norma jurídica particular, quer para referir um complexo de normas visualizadas de forma unitária.

Essa noção plurívoca serve para realçar a inter-relação das noções de norma jurídica e de ordenamento jurídico. Com efeito, sob o aspecto lógico as normas jurídicas não existem isoladamente uma vez que sempre estabelecem, entre si, relações lógicas especiais, constituindo, em seu conjunto, quando positivadas, um ordenamento jurídico que apresenta validade e eficácia em determinada época e certo lugar, tudo nos limites de uma jurisdição estatal.

Desse modo, a discussão acerca de qualquer questão concernente a normas jurídicas não pode abstrair a visão lógica do ordenamento jurídico onde as mesmas se encontram inseridas, o qual se estrutura e funciona sob a forma de sistema.

Sistema aberto e móvel, pois apesar de exigir, para sua configuração, a presença de elementos que o conformam sistematicamente – dentre os quais devem ser ressaltados os relativos à unidade e à coerência lógica de suas partes integrantes[2] -, ele admite, tendo em vista sua natureza e destinação, quer a inclusão de novos preceitos, quer a exclusão de alguns daqueles ali já existentes, bem como a movimentação interna desses preceitos nos diversos campos de interesse jurídico, dependendo, em cada momento, do valor socialmente atribuído a determinados bens jurídicos, assim como a comportamentos sociais.

No entender de Claus-Wilhelm CANARIS[3], tal abertura aparece ora como integrante do sistema sob seu aspecto científico, sendo decorrência inarredável da incompletude do conhecimento científico; ora como inerente ao sistema objetivo, resultando da modificabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica.

[2] *BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico* (trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos). Brasília: Editora da UnB, 10ª edição, 1999. Pág. 34 e seg. Afastamos, aqui, a referência feita pelo Autor à completude do Sistema Jurídico tendo em vista a divergência doutrinária a respeito do tema, cuja análise extrapola os limites do presente trabalho.

[3] *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (trad. de ª Menezes Cordeiro). 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkuian,1996. Págs. 103 a 148.

A primeira, diz o Autor, resulta da própria natureza do trabalho científico, que embora naquele momento signifique um progresso, sempre e somente pode produzir resultados provisórios, enquanto a segunda resulta da essência do Direito positivo, considerado como um fenômeno histórico e, como tal, mutável. E acrescenta que tais formas são próprias do sistema jurídico, e não justificam

> "*colocar em dúvida a capacidade da idéia de sistema para a Ciência do Direito: pois as especialidades do nosso objeto devem corresponder a especialidades do nosso conceito de sistema e um sistema (em sentido objetivo) em mudança permanente é tão imaginável como uma unidade de sentido duradouramente modificável*"[4].

As questões relativas às mencionadas aberturas do Sistema Jurídico não se esgotam, contudo, na simples justaposição da incompletude do sistema científico com a modificabilidade do sistema objetivo, sendo da mais alta significação indagar das condições que possibilitam tais modificações, identificáveis no contexto do próprio Sistema Jurídico onde tais alterações estiverem sendo introduzidas.

3 O ilícito penal

O estudo do ordenamento jurídico, como um contexto sistemático de normas, é mais recente do que o estudo das normas jurídicas.

Na lapidar síntese feita por Miguel REALE, o Direito se apresenta estruturado em fato, valor e norma, os quais se exigem e se implicam numa relação dialética, cuja discriminação assinala, apenas, uma prevalência de sentido

> *"e não uma tripartição rígida e hermética de campos de pesquisa"*,

concluindo aquele Doutrinador que a norma

> *"representa para o jurista uma integração de fatos segundo valores, ou, por outras palavras, é expressão de valores que vão se concretizando na condicionalidade dos fatos histórico-sociais*[5].

Abstraindo as divergências doutrinárias acerca dessa tridimensionalidade estrutural e dinâmica, constatamos que o Direito se manifesta nas normas e princípios jurídicos que, conjuntamente, o traduzem. Mesmo assim, sempre que voltamos nossa atenção ao Direito positivo, verificamos que é especialmente na norma jurídica que encontramos o comando para determinada conduta social, com imposição da respectiva sanção para o caso de inadimplemento da obrigação estatuída. E da análise dessa norma deflui o fato que a originou e ao qual se destina, hipoteticamente nela referido, bem como o valor que lhe é ínsito, ficando fora dessa normatização todo comportamento que se apresentar socialmente irrelevante, integrante, assim, do amplo campo da liberdade individual.

Como espécie de norma ética, a norma jurídica apresenta, a partir de uma situação fática, hipoteticamente prevista, a determinação de

[4] *IDEM, IBIDEM. Págs.110/111.*
[5] *Filosofia do Direito.* 10ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 1983. Pág. 510.

conduta juridicamente desejável, geralmente impondo, ao transgressor, uma sanção. Assim, embora algumas normas apareçam desprovidas de sanção para o inadimplemento de suas determinações, verifica-se que, sob uma análise estrutural, o não cumprimento de determinada obrigação jurídica corresponde à prática de ato ilícito, e que, para coibir tal ocorrência, a norma prescritiva é protegida pela sanção, cuja característica básica é a sua coercitividade, pois ela se traduz na coação incondicionalmente utilizada pelo poder estatal que a garante.

Uma simples e superficial análise de um ordenamento jurídico possibilita a constatação da existência de diversas conotações categoriais através das quais as normas jurídicas se exteriorizam, tudo de acordo com a importância do bem protegido e a conseqüente gravidade das condutas que lhes forem contrárias. Desse modo, há uma hierarquia no rigor das sanções jurídicas, correlata com a relevância dos bens juridicamente protegidos, de tal modo que são erigidas, ao campo penal, apenas aquelas condutas que atingem os bens e interesses jurídicos considerados, naquela oportunidade, como os mais importantes no âmbito social.

Após definir regras do comportamento social juridicamente relevante, o sistema jurídico determina, de forma logicamente coordenada, regras que dispõem acerca dos procedimentos que devem ser utilizados para a solução dos conflitos intersubjetivos de conduta, bem como a respeito da estrutura e funcionamento dos órgãos incumbidos de tal mister.

Nos termos da análise anteriormente feita, a disciplinação da conduta social, a ocorrência de conflitos naquele âmbito de atuação humana, bem como a solução desses conflitos, estão intimamente relacionados ao valor que a comunidade politicamente organizada atribui a bens e interesses que apresentam maior importância no contexto social, sejam eles individuais, coletivos ou sociais, garantindo-os através das respectivas sanções, qualificadas como jurídicas.

"... o Direito determina o que o ser-humano, como ente social, deve fazer, não fazer ou deixar de fazer..."

Assim, na normatização dessa conduta, o Direito determina o que o ser humano, como ente social, deve fazer, não fazer ou deixar de fazer, assegurando o cumprimento de suas prescrições ao sancionar as condutas que delas divergirem. E ao agrupar os diversos preceitos jurídicos em campos de interesses específicos, reserva, para o campo penal, a regulação das condutas que atingem os bens juridicamente tidos como fundamentais, imputando, aos transgressores, sanções nomeadas penais, especificamente correspondentes às penas.

Em verdade, incumbe às normas integrantes do sistema penal a disciplinação da conduta social no sentido do respeito a bens, interesses e direitos tidos como prioritários no contexto soci-

al, sancionando, com a pena abstratamente cominada e efetivamente aplicada em cada caso jurisdicionalmente decidido, todo descumprimento do dever jurídico dali decorrente.

Analisando tais normas e respectivas sanções, verificamos que, em decorrência de sua natureza e de seu expresso ou implícito comando comportamental, elas não podem ser arbitrariamente lançadas no campo penal, seja este geral, concernente ao Direito Penal comum, ou especial, referente ao Direito Penal Militar, ou mesmo aquele estabelecido em normas penais fixadas em outros ramos do Direito positivo, a exemplo do Direito Eleitoral, Direito Ambiental e Direito Tributário, entre outros.

Ao integrarem um ordenamento jurídico, as normas penais ficam submetidas a alguns princípios lógicos que exigem coerência com as demais normas daquele sistema jurídico, bem como adequação aos princípios vetores que o envolvem, dentre os quais devem ser realçados os princípios concernentes a fundamentação e a derivação, que põem em relevo a hierarquia escalonada daquelas normas.

Assim, a subordinação do Direito Penal à Constituição não se restringe aos princípios constitucionais relacionados à matéria penal ou aos princípios da política criminal ali abrigados, pois o juízo de ilicitude e sua graduação devem ser estabelecidos em função do sistema jurídico, com as normas e princípios que o integram e que, na sua totalidade, se refletem no Direito Penal quando em relação a ele se apresentam hierarquicamente superiores.

Nesse sentido, como bem realça René Ariel DOTTI, o trabalho de adequação do Direito Penal às aspirações da comunidade não se exaure na compatibilidade legislativa com as normas constitucionais, pois estas nem sempre traduzem os valores e interesses que merecem proteção penal, sendo necessário revisar tanto o Direito legislado, como os fundamentos sociais, políticos e culturais que autorizaram, em certo momento histórico, a criminalização de determinados comportamentos sociais.[6]

Dentro dessa lógica sistemática é possível visualizar a existência, no sistema jurídico e fora do campo penal, de direitos ou obrigações que justificam a introdução, naquele amplo campo da experiência jurídica, de preceitos cujo desrespeito configura o ilícito, com a imposição da sanção jurídica correspondente. Além disso, há inclusão, no âmbito penal, de condutas também ilícitas mas voltadas a bens considerados de maior importância social, com a cominação da pena correspondente, independentemente da concomitância, ou não, de outras sanções jurídicas de natureza diversa, impostas ao mesmo fato.

A criminalização de tais condutas não decorre de uma postura arbitrária do legislador. Não existem, todavia, critérios explícitos ou implícitos para a realização desse trabalho, daí resultando a possibilidade de flutuação temporal tanto do conteúdo do direito penalmente pro-

[6] *Legislação Penal Extravagante (Criminalização e Descriminalização).* Comunicação apresentada ao VI Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, Belo Horizonte, março de 1984, ***in*** Revista dos Tribunais, ano 73, jul/1983, vol. 585. Pág. 274.

tegido, quanto da pena cominada ao transgressor.

A pessoalidade da responsabilidade penal do agente, e a gravidade das sanções penais em geral, bem como suas conseqüências relacionadas a um agente específico, imprimem, no ilícito penal e em sua respectiva sanção, natureza especial que acarreta a necessidade de fixação de algumas garantias individuais contra o próprio Estado, garantias essas consubstanciadas em alguns princípios universalmente aceitos pelos Estados de Direito, modernos e contemporâneos, dentre os quais devem ser ressaltados o princípio da legalidade e da anterioridade da lei penal – "nullum crimen, nulla poena, sine praevia legem" – e o princípio da irretroatividade da lei penal, salvo se benéfica ao réu.

Outros princípios se aglomeram aos anteriormente citados – encontram-se, no Direito brasileiro vigente, consagrados em normas constitucionais e repetidos em normas legais -, dentre os quais sobressaem a obrigatoriedade de defesa do réu e a ampla defesa, a proibição de tribunais de exceção, o contraditório processual, o duplo grau de jurisdição, o resguardo da liberdade individual e as garantias dos direitos fundamentais, a maioria atuando mais precisamente na interpretação e na execução da norma legislada do que nas razões materiais que fundamentaram o seu processo nomogenético.

Apesar da ocorrência de alto índice de ilicitude, a esse fenômeno não deve ser contraposto, como solução mágica, uma crescente criminalização. A sanção penal deve ser o recurso último a ser buscado para a tutela de valores e impedimento da ascendência da ilicitude, desde que não seja possível alcançar tais resultados através de sanções jurídicas de natureza diversa ou de outras alternativas sociais. Não é isso, contudo, o que ocorre, havendo constante busca da sanção penal para garantir o cumprimento de uma prescrição legal relativa à proteção de um bem ou interesse socialmente relevante, com evidente desvirtuamento e sobrecarga do sistema penal.

4 A Insubmissão no Direito Positivo brasileiro

A descriminalização aqui abordada, relativa à Insubmissão, não apresenta elemento favorecedor do sistema carcerário, pois aludido crime se encontra basicamente sob a jurisdição de Órgão especializado do Poder Judiciário, a Justiça Militar da União, não envolvendo, em princípio, os conhecidos problemas de superpopulação carcerária.

Assim, a abordagem do tema se restringe à análise lógico-sistemática do referido tipo penal, objetivando a verificação, de um lado, do interesse jurídico, conveniência ou razoabilidade política na manutenção daquele comportamento no âmbito do Direito Penal, embora especial, e de outro lado, da possibilidade jurídica de manutenção da cogência quanto ao respeito devido ao direito correlato ao tipo penal em questão, através de sanções jurídicas diversas da sanção penal.

4.1 Caracterização

O crime de Insubmissão é considerado crime militar – essencialmente militar, diga-se – estando tipificado no Código Penal Militar, legislação especial em relação à legislação penal comum, e que, nos termos constitucionais, se incumbe de definir os crimes militares. Assim o crime de Insubmissão está enunciado no Código Penal Militar através de seu tipo central e do caso assimilado, únicos tipos que se submetem à presente análise:

> *"Art. 183. Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação:*
>
> *Pena – impedimento de três meses a um ano."*
>
> *§ 1º Na mesma pena incorre quem, dispensado temporariamente da incorporação, deixa de se apresentar, decorrido o prazo de licenciamento.*[7]

Sabendo-se que a norma penal codificada expressamente enuncia a conduta proibida, verifica-se, de imediato, que a obrigação jurídica do agente ali está implícita, podendo ser buscado o seu enunciado através da verificação conjunta do tipo penal e do bem juridicamente protegido, este indicado pelo próprio Código. Assim, considerando que os tipos penais em questão estão previstos no Capítulo I, este integrante do Título III do Livro I da Parte Especial do aludido Código, que dispõe acerca dos crimes contra o Serviço Militar e o Dever Militar em tempo de paz, conclui-se que, *in casu*, a tutela penal foi buscada para proteger o serviço militar.

4.2 Obrigatoriedade do Serviço Militar.

A Constituição Federal de 1988, ora vigente, manteve tradição nacional no sentido da obrigatoriedade do serviço militar, assim estabelecendo em seu artigo 143, integrante do Capítulo II do Título V. Verbis:

> *"Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.*
>
> *§ 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.*
>
> *§ 2º As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir."*[8]

---

[7] *Brasil. Leis, decretos etc. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 in* Legislação Penal Militar, organização e notas de Edgard de Brito Chaves Júnior. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

[8] *Brasil. Constituição (1988). Constituição 1988: Texto Constitucional de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n°s. 1/92 a 28/2000 e Emendas Constitucionais de Revisão n°s. 1 a 6/94. Ed. atualizada em 2000. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2000.*

A questão foi exaustivamente tratada na Lei do Serviço Militar[9] e no seu Regulamento[10], sendo legalmente fixado, no caput do artigo 2º da citada Lei:

> *"Art. 2º Todos os brasileiros são obrigados ao Serviço Militar, na forma da presente Lei e sua regulamentação."*

Estabelecem, também, dentre outros aspectos vinculados à questão ora apreciada, o início da obrigatoriedade daquele Serviço, no dia primeiro de janeiro do ano em que o cidadão completar dezoito (18) anos de idade, subsistindo até completar quarenta e cinco (45) anos, havendo, afora a sanção penal, imposição de diversas outras sanções aos refratários e aos insubmissos. Os Diplomas Legais referidos fixam as multas aplicáveis às diversas infrações - sempre ressalvando a sanção penal cabível -, cuja execução está garantida pela retenção dos Certificados que comprovam estar aquele brasileiro em dia com suas obrigações militares: Certificados de Alistamento, de Reservista, de Isenção ou de Dispensa de Incorporação.

Independentemente da concordância, ou não, acerca da obrigatoriedade do serviço militar, constata-se que o tipo penal sob comento foi criado para garantir o respeito àquela obrigação constitucional.

4.3 Desnecessidade da configuração penal e conveniência da descriminalização.

Como já referido em trabalho anterior[11], a descriminalização corresponde a movimento universalmente consagrado entre os juristas que se dedicam às Ciências Penais, envolvendo a vivificação do Direito Penal em relação à comunidade que o abriga, cujos hábitos, crenças e valores se apresentam em constante mutação, fazendo que, em determinados momentos, algumas incriminações se apresentem inadequadas ou mesmo incompatíveis com as mudanças sociais ocorridas em decorrência de novos valores que ali passaram a ser vivenciados.

Assim, descriminalizar corresponde à exclusão, do sistema penal, de alguns tipos penais, passando aquelas condutas a constituir exclusivamente ilícitos cíveis, ou tendo a sua ilicitude totalmente afastada do sistema jurídico em decorrência da total perda de relevância jurídica daqueles comportamentos sociais. No dizer de HULSMAN descriminalizar é

> *"o ato e a atividade pelos quais um comportamento em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para aplicar sanções é colocado fora da competência desse sistema".*[12]

---

[9] *Brasil. Leis, Decretos etc. Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964, com alterações posteriores, in* Legislação Penal Militar. Organização e notas de Edgard de Brito Chaves Júnior. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

[10] *IDEM.* Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966, com alterações posteriores. *IBIDEM.*

[11] *PETERSEN, Zilah M. C. Fadul. Descriminalização: uma visão hermenêutica in* Revista de Direito UPIS. Ano I, vol. 01, nº 1, janeiro de 2003. Págs. 153-168.

[12] *HULSMAN, L. H. C. Descriminalização*. Relatório apresentado em Bellagio, em maio de 1973, preparatório ao XI Congresso Internacional de Direito Penal, trad. de Yolanda Catão, ***in*** Revista de Direito Penal, nos. 9/10, jan/jun 1973. Pág. 7.

O sentido da expressão utilizada neste trabalho corresponde, nos termos mencionados, à exclusão, do sistema penal, dos tipos penais referentes à Insubmissão, anteriormente transcritos, passando aquelas condutas a constituirem exclusivamente ilícitos cíveis. Fica, assim, desde logo afastada a descriminalização radical que sustenta a tese da eliminação integral do sistema penal, com exclusão de todos os tipos penais e penas nele existentes, bem como a exclusão de toda e qualquer sanção extra-penal para a Insubmissão.[13]

A discussão do tema, em sede de Direito Penal, não é nova. Luis LUISI faz um levantamento histórico da questão, demonstrando o crescimento do ordenamento jurídico-penal pouco tempo após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. E cita alguns estudiosos que suscitaram os problemas decorrentes da inflação do sistema penal, dentre os quais: Carl Joseph Anton MITTERMAIER, em 1819; Giuseppe PUCCIONI, em 1853; Francesco CARRARA, em 1883; Franz von LISTZ, em 1896; Reinhart FRANCK, em 1898; e Francesco CARNELUTTI e Carlo Enrico PALIERO, já no Século XX[14]. O assunto foi também discutido por numerosos outros juristas, sendo, inclusive, tema do XI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Budapeste de 9 a 14 de setembro de 1974, antecedido por várias manifestações, dentre as quais as ocorridas em Bellagio, em maio de 1973, e posteriormente no Colóquio de Nova Iorque realizado em julho daquele ano, ambos preparatórios para o aludido Congresso, no qual foi salientada a necessidade de rigorosos exames dos casos de descriminalização ou despenalização.[15]

É verdadeira a afirmação de que a Política Criminal está sendo implementada em desacordo com os objetivos inicialmente propostos, voltados basicamente à defesa social, prevenção e repressão à criminalidade, bem como reabilitação do delinqüente e sua reintegração à vida social, conclusão ratificada pelas evidentes limitações do sistema penal e pelas nefastas conseqüências – sociais, familiares e individuais – das penas restritivas da liberdade individual, principal espécie da pena aplicada no Direito Brasileiro vigente.

"... a Política Criminal está sendo implementada em desacordo com os objetivos inicialmente propostos.."

É improvável que, por si só, as penas cominadas a determinados comportamentos, tidos como socialmente indesejáveis e rotula-

[13] *URSO, Luiz Flávio Borges D´. Eliminação do Sistema Penal ou Descriminalização in* Revista Direito Militar, nº 16, março/abril, 1999. Págs. 5-6.
[14] *A Crise do Sistema Penal – soluções processuais in* Revista dos Tribunais, ano 85, vol. 730, ag/96. Págs. 385 a 386.
[15] *URSO, Luiz Flavio Borges D´. Erro Judiciário e descriminalização de Tipos Penais in Consulex: Rev. Jurídica, vol. 2, nº 20, agosto 1998. Pág. 8.*

dos como criminais, atuem preventivamente desestimulando-os, pois além das transgressões conhecidas, é enorme a dimensão dos delitos ocultos, numa evidente demonstração da inocuidade ou irrelevância social da pena cominada em face das condutas criminosas, algumas vezes até mesmo em decorrência do desconhecimento das proibições existentes.

Tentando sanar o problema, o Estado cresce em seu intervencionismo nos mais variados setores da iniciativa privada, originando uma incontrolável atuação legislativa com tumultuada sucessão de leis, nelas ampliando a perspectiva penal com introdução de tipos penais especiais e respectivas penas, muitas vezes em decorrência de momentânea conveniência ou oportunidade meramente política, ou de solução aparente de um determinado problema que se encontre sob a pressão da opinião pública.

Com essa atuação logicamente desregrada, o próprio Estado vem sepultando a limitação e a certeza que defluem da codificação, além de atribuir, ao sistema penal, tarefas cuja realização extrapolam sua capacidade e fim específicos.

De outro lado, os altos custos sociais do sistema penal acarretam o desvirtuamento da idéia de ressocialização da conduta, decorrente da massificação dos crimes e da impossibilidade de manutenção de uma disciplina carcerária adequada, transformando-se em mito no dizer de Heleno FRAGOSO[16], pois estigmatiza socialmente o condenado influindo na certeza da necessidade de redução do campo penal e da busca de novas soluções, dentro do Direito, para os comportamentos ilícitos.

A idéia de descriminalização decorre dessas conseqüências indesejáveis. Pela descriminalização, ao lado de modificações introduzidas no sistema penal melhorando seu funcionamento, um comportamento incluído no sistema punitivo é afastado desse âmbito, podendo tal exclusão ser realizada através de ato legislativo – mais adequado a sistemas jurídicos do modelo romanístico, como o brasileiro, tendo em vista a certeza e a segurança jurídicas que o dotam – ou de um ato interpretativo do juiz no momento em que jurisdicionalmente soluciona um conflito penal[17]. Nesse sentido, Nilo BATISTA cita três conjuntos de situações que, em seu entender, expressivamente sugerem a descriminalização: a ineficácia absoluta de soluções penais; a utilização do sistema penal como sucedâneo ou garantidor de questões melhor situadas em outros campos jurídicos; e a avaliação acerca da desnecessidade de sanção para determinado comportamento.[18]

A descriminalização de tipos penais inúteis, defasados, oportunistas, inadequados aos atuais valores sociais que se apresentam em dinâmica evolução, acarreta, de um lado, o aperfeiçoamento do sistema jurídico com a atualiza-

[16] *Pena e Culpa in* Ciência Penal 1. São Paulo, 1973. Pág. 4.
[17] *No caso de descriminalização feita pelo juiz ao interpretar o Direito aplicável ao caso em apreciação, em princípio a decisão vale apenas para aquele caso, sendo interessante notar que, em algumas ocasiões, decisões reiteradas prolatadas em última instância recursal, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, cristalizadas em jurisprudências mansas e pacíficas, tem o poder de, faticamente, afastar a aplicação do direito legislado.*
[18] *Algumas palavras sobre Descriminalização in* Revista de Direito Penal, nos. 13/14, jan/jun 1974. Rio de Janeiro, págs. 28-40.

ção de valores e o adequado enquadramento de normas jurídicas no campo de seu precípuo interesse, ou a total exclusão daquelas normas do ordenamento jurídico caso os fatos por elas referidos tenham se tornado juridicamente irrelevantes passando a integrar o amplo campo da liberdade individual. De outro lado, tal exclusão reforçará o sistema penal pois melhor adequará sua capacidade de funcionamento às suas atribuições específicas.

Efetivar a descriminalização não é, contudo, tarefa simples e fácil, pois envolve uma revisão nas concepções de crime, dos fins e meios do Direito Penal, dos objetivos do próprio ordenamento jurídico, ao lado do exame lógico-sistemático da conduta penalizada em face do direito ou bem juridicamente garantido naquele ordenamento. Daí resulta que, ordinariamente, não é possível proceder uma descriminalização através da simples exclusão, do sistema penal, daquela conduta tida como ilícita, pois tal exclusão importaria necessariamente numa reavaliação dos fins pretendidos com relação ao aludido direito ou bem, e uma reestruturação ou complementação – ou mesmo a conclusão acerca da desnecessidade de tais medidas - dos demais preceitos jurídicos incidentes sobre a questão.

Assim, a específica exclusão, do sistema penal, de um comportamento criminalizado, exige, inicialmente, a determinação dos comportamentos cuja disciplinação criminal não mais interesse ao Estado. Para tanto, há necessidade de visualização dos direitos que ali estavam garantidos sob a tutela penal para verificar se, efetivamente, a sanção penal apenas havia sido procurada para imprimir mais cogência no respeito imposto ao direito ou interesse protegido, situação facilmente alcançável mediante o uso de outras espécies da sanção jurídica, ou se, em decorrência da dinâmica social, ao Estado não mais interessa manter aquele comportamento social sob a disciplina específica do Direito Penal.

Tratando-se do crime de Insubmissão, tal como disciplinado no Direito Penal Militar pátrio, nele sobressai a garantia jurídica maior – porque penal – dada à obrigatoriedade constitucionalmente imposta em relação ao serviço militar.

Como anteriormente visto[19], a Lei do Serviço Militar estabelece meios – não penais – que objetivam a garantia daquela obrigação constitucional. A mencionada retenção dos aludidos Certificados nada significaria se os mesmos não fossem essenciais ao normal desenvolvimento da vida social do cidadão brasileiro, mas é a própria Lei do Serviço Militar, já citada, que estabelece os meios adequados à compulsoriedade da obrigação ao Serviço Militar constitucionalmente fixada. Verbis:

> *"Art. 52. Os brasileiros, no exercício de função pública, quer em caráter efetivo ou interino, quer em estágio probatório ou comissão, e extranumerários de qualquer modalidade, da União, dos Estados, dos Territórios, dos Municípios e da Prefeitura do Distrito Fede-*

[19] *PETERSEN, Zilah M. C. Fadul. Op. Cit.*

ral, quando insubmissos, ficarão suspensos do cargo, função ou emprego, e privados de qualquer remuneração enquanto não regularizarem sua situação militar.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos servidores ou empregados das entidades autárquicas, das sociedades de economia mista e das empresas concessionárias de serviço público."

.....

"Art. 67. As autoridades ou os responsáveis pelas repartições incumbidas da fiscalização do exercício profissional não poderão conceder a carteira profissional nem registrar diplomas de profissões liberais a brasileiros, sem que esses apresentem, previamente, prova de que estão em dia com as obrigações militares, obedecido o disposto nos artigos 74 e 75 desta Lei."

Art. 74. Nenhum brasileiro, entre 1º de janeiro do ano em que completar 19 (dezenove) e 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco) anos de idade, poderá, sem fazer prova de que está em dia com suas obrigações militares:

a) obter passaporte ou prorrogação de sua validade;

b) ingressar, como funcionário, empregado ou associado em instituição, empresa ou associação oficial ou oficializada ou subvencionada ou cuja existência ou funcionamento dependa de autorização ou reconhecimento do Governo Federal, Estadual, dos Territórios ou Municipal;

c) assinar contrato com o Governo Federal, Estadual, dos Territórios ou Municipal;

d) prestar exame ou matricular-se em qualquer estabelecimento de ensino;

e) obter carteira profissional, matrícula ou inscrição para o exercício de qualquer função e licença de indústria e profissão;

f) inscrever-se em concurso para provimento de cargo público;

g) exercer, a qualquer título, sem distinção de categoria ou forma de pagamento qualquer função ou cargo público:

I – estipendiado pelos cofres públicos federais, estaduais ou municipais;

II – de entidades paraestatais e das subvencionadas ou mantidas pelo poder público;

h) receber qualquer prêmio ou favor do Governo Federal, Estadual, dos Territórios ou Municipal.".

"... aquele que não cumpre com o serviço militar passa, em decorrência de sanções, a viver como um pária da sociedade.."

Verificamos, assim, que aquele que não cumpre com o serviço militar passa, em decorrência da cogência das sanções acima referidas, a viver como um pária da sociedade, sem condições de nela sobreviver dignamente. Absoluta, em con-

seqüência, a desnecessidade jurídica de inclusão da Insubmissão no campo penal, pois a compulsoriedade necessária à proteção do interesse do Estado na prestação daquele serviço encontra-se, até mesmo de forma exacerbada, garantida pela Lei do Serviço Militar e seu respectivo Regulamento, com fundamento constitucional que remete, à lei, a disciplinação da matéria. É, entendemos, *quantum sufficit* para a decisão legislativa de descriminalização da Insubmissão.

Constata-se, também, um outro aspecto da questão que corrobora a desnecessidade de manutenção daquele comportamento no âmbito criminal: a inadequação jurídica formal daquela conduta ao Código Penal Militar.

Com efeito, ao ser analisado o núcleo do crime de Insubmissão, constata-se que seu agente é o *convocado*, concernente ao civil antes de sua incorporação no serviço ativo da Força escolhida. Tal conclusão decorre de preceitos contidos no Estatuto dos Militares[20], pois este Diploma Legal estabelece que o serviço militar inicia, nos casos ora *sub examen*, com a incorporação, significando que, antes da ocorrência de tal ato, o cidadão é *civil,* e não militar.

Ora, a conceituação legal de crime militar em tempo de paz, estatuída no artigo 9º do citado Código Penal Militar, fixa os requisitos configuradores daquele tipo de crime. E apesar do enunciado vago e extremamente amplo constante do inciso I do mencionado artigo, o seu inciso II, ao realçar os agentes, os ofendidos e as circunstâncias dos ilícitos penais militares que refere, entende que apenas o militar, em situação de atividade ou assemelhado poderão, nas situações que especificamente refere, praticá-los. Já no inciso III, ao envolver o civil, restringe os crimes militares à violação das Instituições Militares, acrescentando, aos previstos nos incisos I e II, os delitos que ali enuncia. E nenhum deles, ressalvada a inadequada amplitude e ambigüidade do inciso I, possibilita a expressa inclusão, como crime militar, daquele ato praticado por civil contra o serviço militar, mas posteriormente assim tipificado na Parte Especial do mencionado Diploma Penal.

Entra, então, o artificialismo jurídico previsto em normas processuais que procuram dar eficácia ao tipo penal materialmente fixado: como condição de procedibilidade da denúncia é exigida a incorporação do Insubmisso no serviço ativo da Força, ficando o mesmo, assim, transformado em militar. Tal ato se realiza posteriormente à prática ilícita, à apresentação voluntária ou captura do convocado que se tornou insubmisso, seu exame pela Junta de Inspeção de Saúde, com a conclusão desta quanto à sua aptidão para o serviço militar ativo, e, somente então passa o mesmo a ser incorporado naquele serviço. Completando o artificialismo jurídico, a Lei processual penal militar determina que, no caso de conclusão da Junta de Inspeção de Saúde contrária àquela aptidão, o civil em questão fica isento do processo e da inclusão.

Em conseqüência, verifica-se que a análise sistemática das sanções legais, extra-pe-

[20] *Brasil. Leis, Decretos etc. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, com alterações posteriores, in* Legislação Penal Militar. Organização e notas de Edgard de Brito Chaves Júnior. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

nais, existentes no Sistema Jurídico brasileiro, voltadas à garantia do cumprimento do dever constitucional concernente à prestação do serviço militar, indica, de plano, a desnecessidade da inclusão daquele fato no Sistema Penal.

Além disso, o exame específico do tipo penal em face da configuração legal do crime militar e das condições – também legais, embora processuais – de procedibilidade da ação penal em relação ao fato questionado, corrobora, como elemento técnico do Direito Positivo nacional, a desnecessidade da criminalização acima aduzida, bem como uma inadequação sistemática da inclusão daquele fato no Sistema Penal militar, já que introduz, no Sistema Jurídico, uma incompatibilidade violadora do princípio da coerência lógica inerente aos sistemas jurídicos em geral.

5. Conclusão

Em decorrência do exposto constatamos a razoabilidade e conveniência da exclusão, do corpo do Código Penal Militar, do tipo penal concernente à Insubmissão, impondo-se a realização de um trabalho jurídico adequado no sentido da descriminalização aludida, como um meio de harmonização dos institutos jurídicos no Sistema Jurídico Positivo e de contenção da hipertrofia do Direito Penal, deixando este atuar exclusivamente no sentido da realização de seu fim específico: a tutela máxima dos valores juridicamente reconhecidos como superiores naquela comunidade, desde que a legislação extra-penal não atinja tal objetivo.

Na análise aqui realizada, fica evidenciada a suficiência da legislação que, embora não integrante da Legislação Penal Militar, apresenta sanções extremamente cogentes e de gravíssimas conseqüências pessoais e sociais para o sujeito obrigado ao serviço militar que se omita no cumprimento daquele dever jurídico.

De tal ordem se configura a prescin-dibilidade de normas penais objetivando garantir o cumprimento daquela obrigação e punir o seu inadimplemento, que a existência de tais normas configura um efetivo desvio na estrutura lógica do Sistema Jurídico pátrio, decorrente de insignificante ou inadequada política criminal. E para retorno à normalidade dessa política, impõe-se a descriminalização da Insubmissão, com manutenção, tendo em vista a obrigatoriedade do Serviço Militar ainda existente no Sistema Jurídico, de todas as prescrições e sanções presentes na legislação extra-penal.

6 Bibliografia

BATISTA, Nilo. Algumas palavras sobre Descriminalização in *Revista de Direito Penal, nos. 13/14, jan/jun 1974. Págs. 28-40.*

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico *(tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos). Brasília: Editora UnB, 10ª edição, 1999.*

BRASIL. Leis, decretos etc. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro

de 1969 in *Legislação Penal Militar, organização e notas de Edgard de Brito Chaves Júnior. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.*

IDEM. *Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964, com alterações posteriores,* in *Legislação Penal Militar. Organização e notas de Edgard de Brito Chaves Júnior. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.*

IDEM. *Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966, com alterações posteriores* in *Legislação Penal Militar. Organização e notas de Edgard de Brito Chaves Júnior. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.*

BRASIL. Constituição (1988). Constituição 1988: Texto Constitucional de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n°s. 1/92 a 28/2000 e Emendas Constitucionais de Revisão n°s. 1 a 6/94. Ed. atualizada em 2000. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2000.

DOLCINO, Emílio. La Depenalizzazione in Itália: Matrici, strumenti, prospettive in *Anais do Tribunal de Justiça da Bahia: Fórum Internacional de Direito Penal Comparado. Salvador, 1989. Págs. 161-170.*

DOTTI, René Ariel. Legislação Penal Extravagante (Criminalização e Descriminalização). *Comunicação apresentada ao VI Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, Belo Horizonte, março de 1984,* in *Revista dos Tribunais, ano 73, jul/1983, vol. 585. Págs. 271-276.*

FRAGOSO, Heleno. Pena e Culpa in *Ciência Penal 1. São Paulo, 1973.*

HULSMAN, L. H. C. Descriminalização in *Revista de Direito Penal, nos. 9/10, jan/jun 1973. Pág. 7-26.*

LUISI, Luiz. O problema da Descriminalização in *Anais do Tribunal de Justiça da Bahia: Fórum Internacional de Direito Penal Comparado. Salvador, 1989. Págs. 153-160.*

IDEM. A Crise do Sistema Penal – soluções processuais in *Revista dos Tribunais, ano 85, vol. 730, ag/96. Págs. 385-392.*

PETERSEN, Zilah M. C. Fadul. Descriminalização: uma visão hermenêutica in *Revista de Direito UPIS. Ano I, vol. 01, nº 1, janeiro de 2003. Págs. 153-168.*

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. *10ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983.*

URSO, Luiz Flavio Borges D´. Erro Judiciário e descriminalização de Tipos Penais in *Consulex: Rev. Jurídica, vol. 2, nº 20, agosto 1998. Págs. 6-8.*

IDEM. Eliminação do Sistema Penal ou Descriminalização in *Revista Direito Militar, nº 16, março/abril, 1999.*

Justiça Militar nas Operações de Paz da ONU[1]

Carlos Frederico de Oliveira Pereira
Subprocurador-Geral de Justiça Militar

A política externa brasileira tem se caracterizado pelo compromisso com os ideais de autodeterminação dos povos e de resolução pacífica dos conflitos.

Nesse último aspecto, que nos interessa mais de perto, em face do encontro de hoje, releva notar que o Brasil tem atendido aos chamados da ONU para, em esforço com outras nações, promover a paz nos lugares onde se apresentam conflitos armados.

Essa colaboração pode se dar na forma de negociações, ajudando as partes a encontrar o melhor caminho para resolver suas contendas, é o chamado *peacemaking. Outras vezes, o que tem sido mais comum no caso brasileiro, com o envio de tropas e de observadores para assegurar o fim das hostilidades, o peacekeeping.*

O uso da força autorizado pelas Nações Unidas como forma de alcançar a paz, o *peaceenforcement*, deles não participamos, até porque contraria a nossa tradição de não envolvimento em conflito armado, ainda que motivado por razões justificáveis.

As operações de paz, que têm fundamento no art. 43 e 47 da Carta das Nações, têm os seguintes objetivos: devem servir de instrumento de controle dos conflitos; prevenir a violência; observar e acompanhar o desenrolar do armistício; supervisionar a retirada; manter as zonas desmilitarizadas; realizar o levantamento de minas; garantir a ordem e, muitas vezes, apoiar e observar eleições.

Essas forças internacionais são regidas por tratados que garantem a isenção de jurisdição no país onde estão instaladas, mas isso não significa impunidade.

Eventuais delitos praticados pelos militares que as integram devem ser objeto de punição que, no Brasil, estão a cargo da Justiça Militar federal, aplicado o Direito Penal Militar em tempo de Paz, sendo o órgão judiciário competente de primeiro grau de jurisdição os Conselhos de Justiça da Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), com sede em Brasília-DF.

A Justiça Federal Militar brasileira não registra muitos incidentes no exterior com as operações de manutenção de paz, porém eles são possíveis de ocorrer e a história recente fornece exemplos de conflitos graves envolvendo forças multinacionais, como aconteceu na Somália.

Nas operações de *peaceenforcement* a prática de crimes por membros da força de paz pode

[1] *Palavras proferidas na abertura da Conferência do Juiz-Auditor Roger G. Chapple, do Reino-Unido, em Brasília, na PGJM, dia 31 de outubro de 2003.*

caracterizar até mesmo crime de guerra, pois o cenário é de conflito armado. Por essa razão convém que os integrantes dessas missões estejam bem instruídos sobre os principais princípios e regras de direito internacional dos conflitos armados.

Mesmo nas operações de *peacekeeping* também há a possibilidade de a força de paz se converter em parte em conflito, envolvendo-se no conflito armado, podendo-se cogitar também da prática de crime de guerra. Isso é mais fácil de acontecer com as missões de apoio à assistência humanitária e supervisão de fluxos de refugiados.

E aqui registre-se uma contradição. Em uma operação de paz, se a tropa brasileira se envolver em um conflito armado internacional, como tal definido nos acordos de genebra e no protocolo I, que dispensam declaração formal de guerra, como exige a nossa Constituição Federal, por essa razão seria aplicado o direito penal militar em tempo de paz, que é muito mais lacunoso em relação ao Estatuto de Roma do que o Direito Penal Militar em tempo de guerra. A configuração de crime militar em tempo de guerra, descrita no art. 10 do CPM pode abranger até a legislação penal comum. Dessa forma, na situação descrita, mais facilmente se poderia cogitar da jurisdição do Tribunal Penal Internacional do que em caso de guerra externa declarada. Do ponto de vista da competência, em caso de conflito armado e não de guerra externa, não há exclusividade da Auditoria da 11ª CJM.

Diante dessas possibilidades faz-se necessário que o Brasil promova treinamento sobre as normas de Direito Internacional dos Conflitos Armados e, no plano legislativo, faça urgente modificação na legislação interna, particularmente no Código Penal Militar, implementando os compromissos internacionais em torno do direito humanitário, agora referendados no Estatuto de Roma, que o nosso país deu adesão, cujas violações se não forem reprimidas internamente podem dar ensejo à jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional. No artigo 8º do ER estão definidos os crimes de guerra, que na verdade são as chamadas graves violações aos tratados do DICA.

A questão, portanto, se as forças multinacionais estão sujeitas ou não ao DICA parece estar superada, principalmente para os países como o Brasil e a Inglaterra que deram adesão ao Estatuto de Roma.

Por fim, deve-se lembrar que malgrado a possibilidade de ocorrência de crime e até de crimes de guerra, as forças de paz devem estar imbuídas da idéia de que estão no exterior com a missão de promover a paz, assegurar o término das hostilidades e não agravar as dores e sofrimentos vivenciados pelos povos em conflito. Devem ser treinadas para se defender, nunca atacar. Se for o caso de defesa, que seja proporcional e em observância aos princípios do DICA, para que sempre sejam lembradas pelo nome que ostentam, de serem forças de paz, para a paz e não para o prolongamento e agravamento dos conflitos.

A Justiça Militar do Reino Unido nas Operações de Manutenção de Paz[1]

Roger Graham Chapple
Juiz-Auditor do Reino Unido

Eu estou encantado de falar a vocês sobre este tema. É algo que vai ocupar, cada vez mais, todos que estamos envolvidos na administração da Justiça Militar, uma vez que tem havido um crescimento na demanda de tropas para participarem de operações de manutenção de paz no mundo. Se por um lado é, talvez, um triste indicativo da presente situação do mundo, entretanto, também me parece um motivo para comemorarmos pois cada vez mais essas operações são multinacionais. A manutenção de paz é uma responsabilidade global e eu percebo, com grande satisfação, que muitas nações do mundo estão trabalhando juntas para assegurar e preservar a paz.

Enquanto a perspectiva de tropas servindo no estrangeiro, em particular em operações multinacionais de manutenção de paz, devam ser bem-vindas, estas podem causar muitas dores de cabeça para advogados militares. Soldados sendo soldados (e eu suspeito que seja assim em qualquer país de onde eles venham), os problemas disciplinares não cessam quando eles estão no estrangeiro. O serviço no estrangeiro já cria problemas disciplinares por si mesmo. Assim, o concernente sistema de Justiça Militar deve ser suficientemente flexível para lidar com esses eventuais problemas. Para ser eficiente, o sistema de Justiça Militar deve ser rápido. As tropas poderão ficar estacionadas por muitos meses no estrangeiro e, em muitos casos, não é uma resposta eficaz e apropriada esperar até que os soldados possam retornar para casa no final do seu turno de serviço no estrangeiro. Da mesma forma, não é justo ou apropriado retorná-los ao país antes do fim do seu turno de serviço, por questões operacionais ou outras razões.

Resumidamente, é necessário que eu explique como o sistema britânico lida com a Justiça Militar no contexto das operações de manutenção de paz – não porque eu considere que este seja necessariamente o sistema correto, mas simplesmente para informar aos senhores a experiência de outra jurisdição. Para explicá-lo, inicialmente tenho que informar a vocês um pouco sobre o nosso sistema básico.

Como na maioria das jurisdições, o sistema britânico de justiça militar funciona em dois níveis:

a) uma justiça sumária, exercida pelo oficial comandante da unidade do acusado (para infrações menos graves);

[1] *Conferência proferida no Auditório da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Brasília-DF, dia 31 de outubro de 2003.*

b) a Corte Militar (Corte Marcial) para as infrações mais graves.

Os poderes de um oficial comandante para aplicar pena são limitados a no máximo 28 dias de detenção (ou mediante requerimento a uma autoridade mais alta para que seus poderes para aplicação da pena sejam estendidos a 60 dias de detenção). Do quanto eu tenho conhecimento sobre outras jurisdições, o Reino Unido é talvez o único a dotar o oficial comandante de tal poder, ou seja, de privar o soldado de sua liberdade; aqueles que não têm, têm limitados poderes de aplicação de pena numa média de 7 ou 14 dias. Eu voltarei a este tema em poucos minutos. Devo também explicar sobre o artigo 70 do Estatuto do Exército de 1955, o qual é muito útil. Este dispositivo incorpora à lei militar todo o Código Criminal Britânico. Isso significa que para qualquer pessoa sujeita à lei militar, o cometimento de uma infração contrária à lei britânica é também uma infração contrária à lei militar. Isto permite às cortes militares julgarem todos os crimes cometidos pelos militares, onde quer que tenham sido cometidos.

No que concerne ao sistema britânico, nós temos, como os senhores podem ver, jurisdição para lidar com todas as infrações militares criminais. Mas o que dizer do sistema de justiça local do país onde o soldado está atuando em operações de paz. Se não houver o estabelecimento de acordos, evidentemente que a corte local irá processar esses crimes cometidos por tropas britânicas. Geralmente, esta não é uma boa idéia, por razões as quais eu imagino óbvias e de qualquer forma estão fora do contexto do nosso tema. O primeiro requisito é um acordo com o país que hospeda as tropas, onde se permita que as infrações cometidas por tropas britânicas sejam processadas por tribunais militares britânicos. Invariavelmente, isto é alcançado através de uma negociação para celebração de um acordo entre as Forças. Raramente há problemas nesta negociação. O Estado que recebe as tropas, normalmente é receptivo. Se a estrutura política e legal do país permanece íntegra, esta é a forma usual de estabelecimento de um acordo. Em algumas situações entretanto, a lei e a ordem local sucumbiram e não há nenhum sistema governamental em funcionamento que possa lidar eventualmente com o cometimento de infrações penais. Em outros casos, há uma ocupação de um Estado por outro, o qual, genericamente falando, dará jurisdição para o sistema de justiça militar do país que envia tropas.

Considerando assim que há um sistema político em funcionamento, concedendo jurisdição para infrações cometidas pelos militares do país que envia as tropas, como então vocês lidariam com essas infrações? O Oficial Comandante está no seu cargo — ele pode lidar com as infrações menores imediatamente. Mas, com o sistema britânico nós temos um claro problema que diz respeito aos poderes do Oficial Comandante. Enquanto nós pensamos que é importante que ele detenha o poder de punir e privar o soldado de sua liberdade, para manter a disciplina, nós reconhecemos que este procedimento possivelmente viola a Convenção Européia dos Direitos Humanos. Há fortes razões para pensar que o Oficial Comandante não é um tribunal justo e

imparcial, de acordo com a interpretação do artigo 6º desta Convenção. A solução para este problema foi providenciar uma corte de apelação para as decisões do Oficial Comandante, a qual vem se adequar à convenção. Assim, nós criamos a Corte Sumária de Apelação; isto consiste em um Juiz Auditor e dois Oficiais Militares. Esta Corte funciona como uma nova audiência. Os oficiais militares devem, naturalmente, ser independentes da cadeia de comando, tanto do acusado como a do Oficial Comandante de cuja decisão se está recorrendo. Eles não são membros permanentes, mas simplesmente lidam tanto com um único caso ou com um certo número de casos e, usualmente, não permanecem na função por mais de duas semanas.

"O Juiz-Auditor no Reino Unido é um civil, ele não integra as Forças Armadas..."

Se a acusação contra um soldado é mais grave, então ele será julgado por uma corte marcial, que consiste em um juiz-auditor que um certo número de juízes militares. (Este número varia, dependendo da gravidade do caso, mas usualmente gira em torno de 3 ou 5 membros). Estes juízes militares devem ser totalmente independentes e somente julgam um caso ou um certo número de casos antes de retornar às suas atividades regulares. O juiz-auditor é um civil, ele não integra as Forças Armadas, ele não é militar.

Como nós lidamos com essas situações — tanto a Corte Marcial como a Corte Sumária de Apelação — para infrações ocorridas fora do Reino Unido em missões de operações de paz? O sistema militar britânico é afortunado neste aspecto. O Exército Britânico tem uma longa história de serviço no estrangeiro. Nós tivemos, por essa razão, que desenvolver um sistema de justiça transportável, o que eu quero dizer com isso é que pode viajar rapidamente para qualquer lugar do mundo. Atualmente nós temos tropas britânicas servindo em muitas partes do mundo: naturalmente o Reino Unido, Alemanha, Chipre, Bósnia, Kosovo, Iraque, Afeganistão e África. Eu apenas nomeei alguns. Quase sempre haverá nas tropas britânicas estacionadas no estrangeiro certo número de militares policiais , para investigar os crimes. Quando necessário, o sistema de justiça terá que ir até eles, em ocasiões em que não há outra maneira de julgar o caso. Por experiência própria, posso citar o seguinte exemplo:

Enquanto serviam na Bósnia, dois soldados foram apontados como autores de agressão e roubo a um motorista de táxi local. Ele foi seriamente lesionado. Ambos os soldados foram acusados por roubo. Ambos negaram o crime. Logo se chegou à conclusão que muitas das testemunhas civis não poderiam deixar o país para dar seu testemunho. Ou, se elas deixassem o país, não teriam condição para retornar.

Assim nos pareceu que não havia escolha senão realizar o julgamento na Bósnia. O Juiz Auditor e 3 membros militares viajaram da Inglaterra via Frankfurt e Zagreb para Split e, em seguida, por uma rodovia viajaram 10 horas através das montanhas, sob uma tempestade de neve.

Desnecessário dizer que foi um enorme transtorno e despesa. Mas eu penso que nas circunstâncias deste caso não havia outra maneira de se proceder ao julgamento. Eu devo assinalar que minha experiência não foi a única. Em muitas ocasiões, as cortes militares são instaladas no estrangeiro como eu já disse, há uma Corte Marcial sendo instalada em Belize. Ainda não aconteceu, mas eu não ficaria surpreso se em pouco tempo tivermos cortes militares acontecendo no Iraque.

A nova tecnologia tem nos ajudado. Agora nós recebemos depoimentos de algumas testemunhas no estrangeiro através do sistema de videoconferência. Requerimentos para manutenção em prisão de soldados que aguardam julgamento ou liberá-los antes do julgamento, requerimentos para permissão de busca, são dirigidos ao Juiz Auditor. Muito frequentemente estes não são realizados pelo sistema de videoconferência.

Eu sei que não dei muitos detalhes. O tempo não permite. Mas antes de terminar eu gostaria de levar à consideração de vocês um problema, porque eu gostaria de saber a resposta e considero que quanto mais pessoas pensarem sobre isso melhor seria. Do que eu tenho conhecimento, este problema ainda não foi levantado, mas eu tenho certeza de que acontecerá num futuro não tão distante. Vamos imaginar que quatro soldados de quatro diferentes países, todos servindo numa operação de manutenção de paz, saíram juntos à noite — um soldado inglês, um soldado brasileiro, um soldado americano e um soldado polonês. Eles tomaram algumas bebidas, depois mais algumas e se envolveram em sérios problemas. Iniciaram uma briga, onde os soldados atacaram pessoas, membros da população local, lesionando-as gravemente. O que deveríamos fazer nestas circunstâncias? Deveríamos ter quatro julgamentos separados, ou seja, quatro sistemas criminais julgando o mesmo caso? Os soldados poderiam chamar seus parceiros no episódio para testemunharem em seus respectivos julgamentos? As vítimas desse crime não deveriam ser envolvidas em quatro investigações separadas e quatro julgamentos. Há algum espaço para um sistema de justiça multinacional nesses casos?

Tradução: Teresa Baraúna
Promotora de Justiça Militar

Anexo

Military Justice in Peace Keeping Operations The British Experience

Artigo Original

Roger Graham Chapple
Judge Advocate - United Kingdom

I am delighted to be given the opportunity to adress you upon this topic. It is something that will occupy all of us who are involved in the administration of military justice more and more – since there is an over increasing demand for troops to participate in peace keeping operations around the world. On the one hand, that is perhaps a sad indictment of the present state of the world; however, it also seems to me a cause for celebration that more and more of these operations are multi-nacional. Peace keeping is a global responsabilitaty and I note with a large measure of satisfaction tha many nations of the world are working together to ensure and preserve peace.

Whilst the prospect of troops serving abroad, particularly in multi-nacional peace keeping operations is to be welcomed, it can cause many headaches for military lawyers. Soldiers being soldiers (and I suspect this is true, from whatever country they come) disciplinary problems do not cease when they are abroad. Service abroad creates disciplinary problems of its own. The relevant system of military justice must then be sufficiently flexible to deal with those likoly problems. To be effective, a system of military justice must be swift. Troops may be engaged for many months abroad; in many cases, ti is not an effective or just answer to wait until the soldier returns home at the end of his tour of duty abroad. Similarly, it may not be fair or just to return him to his home country before the end of his tour, for operational or other reasons.

Shortly, I shall explain how the British system deals with military justice in the context of peace keeping operations – not because I say it is necessarily the right syste, but simply to inform you of the experience of another jurisdiction. In order to do so, I first have to tell you a little of the basic system.

As with most jurisdiction, the British system of military justice operates effectively on two levels:

(a) Summary justice, exercised by the Commanding Officer of the accused's unit (for minor ofenses);

(b) The Military Court (Court-Martial) for more serious offenses.

The sentencing powers of a Commanding Officer are limited to a maximum of 28 days' detention (or, upon application ho Higher Authority for extended powers, 60 days' detention). From what I have been told of other jursidictions, the United Kingdom is almost

unique in given a Commanding Officer such power; many coutries have removed from the Commanding Officer the power to deprive a soldier of his liberty; those who have not have limited his powers to an average of 7 or 14 days. I will come bach to that issue in a few moments. I should also explain here a very useful section of the Army Act 1955 – s70; this imports the entire British criminal code into military law. This then gives the military jurisdiction to try all criminal offenses committed by military personnel, wherever in the world they may have been committed.

So far as the British system is concerned then, we have, as you see, jurisdiction to deal with all offences, both military and criminal. But what of the local system of justice, in the country where the soldier is peace keeping? Whithout some agreement, of course the local courts would deal with such offences committed by British troops. Generally, this is not thought to be a good idea – for reasons which I suspect are obvious and anyway are outside the scope of ths address. The first requiremen is an agreement with the host country, allowing offences committed by British troops to be dealt with British military courts. Invariably, this is achieved by negotiation of a Status of Forces Agreement. This is rarely a problem the receiving state will generally be receptive. If an established system is in place, then this is the way forward. In some situations, there has been a complete breakdown of law and order and thus there is no system in place in any event to deal with criminal offences. In other cases, there is an occupying power, who generally speaking will readily give jurisdiction to the military system of justice of the sending country.

Assuming then that a system is in place, giving jurisdiction for offences committed by its troops to the sending nation, how then do you dela those offences? The Commanding Officer is in place – he can deal with minor offices on the spot. But, with the British system, we have a cler problem with the powers of the Commanding Officer. Whilest we think at important that he retains the power to deprive a soldier of his liberty, in order to maintain discipline, we recognize that this procedure is arguably in breach of the European Convention of Human Rights. There are powerful reasons to think that a Commanding Officer is not "a fair and impartial tribunal" within the meaning of article 6 of the convention. The present solution is to provide an appeal court from the decision of the Commanding Officer which is convention compliant. Thus we have established the Summary Appeal Court; this consists of a Judge Advocate and two military officers. The appeal operates by way of a re-hearing. The military officers must of course be independent of the chain of command of both the accused and the Commanding Officer whose decision is being appealed. They are not permanent members, but simply deal either with a single case or a number of cases, usually lasting no more than 2 weeks.

If the accusation against the soldier is a serious one, then he has to be tried by Court Martial; which consists of a Judge Advocate and

a number of military numbers (the number varies, depending upon how serious the case is, but usually 3 or 5 members). The members again must be wholly independent and only deal with on case or a small number of cases, before returning to their regular duties. The Judge Advocate is a civilian lowyer. He is not in the Army.

How do we deal with such cases – either Courts Martial or Summary Appeal Courts – for offences taking place outside the United Kingdom on peace keeping operations? The British military system is fortunate in this regard. The British Army has a very long history of service abroad. We have therefore had to develop a system of justice which is transportable, by which I mean that it can travel quickly anywhere in the world. Presently, we have British troops serving in many parts of the world: the United Kingdom (of course), Germany, Cyprus, Bosnia, Kosovo, Iraq, Afghanistan, Africa – and I really do name but a few. Almost always, there will be with them a number of military policemen with them, to investigate offences. When necessary, the justice system has to travel to them. On occasions there is no other way to try the case. I can give you an example from my own experience.

Whilst serving in Bosnia, two soldiers were alleged to have attacked and robbed a local taxi-driver. He was seriously injured, both were charged with robbery. Both denied the offence. It was soon realised that many of the civilian witnesses could not leave the country to give evidence – or if they left the country, they would not be permitted to return. It seemed to us that there was no choice but to hold the trial in Bosnia. The Judge Advocate and 3 miltiary members travelled from England, via, I remember, Frankfurt and Zagreb to Split, and then on by road – a 10 hour journey through the mountains in a blizzard.

Needless to say, this was a huge upheaval and a huge expense, but in the particular circumstances of that case, I think there was no other way that the case could be tried. I should stress that my experience was not unique. On many occasions, military courts sit abroad – as I speak, a Court Martial is being held in Belize. It has not happened yet, but I would not be surprised if before long military courts were sitting in Iraq.

New technology has helped us. We now receive evidence from some witnesses abroad by live TV link. Applications for permission to keep a soldier in custody awaiting trial/or release him before trial, applications for search warrants are made to a Judge Advocate sitting alone.Very often these are not carried out by live TV link.

I know I have not given you enormous detail – time does not permit, but before I finish, I would like to leave you with a problem to consider – because I want to know the answer, and the more people I have thinking abaout it the better. So far as I am aware, the problem has not yet arisen, but I am sure it will in the not too distant future. Let us say that soldiers from 4 different countries, all serving in a peace keeping operation go out for the evening together – an English soldier, a Brazilian soldier, an American soldier and – let us say – a Polish soldier. They

have a few drinks... they have a few more drinks, and then get themselves into serious trouble. A big fight develops, the soldiers attacking members of the local population, causing them serious injuries. What are we to do in these circumstances? Are we to have 4 separate trials in 4 separate legal systems? The soldiers may want to call each other to give evidence at their separate trials? The victims of theses offences should not have to be involved in 4 separate investigations and 4 separate trials. Is there any room for a multi-national justice system in such situations?

Atuação Processual

Mandado de Segurança no STM

contra desentranhamento de peças do Ministério Público Militar

Péricles Aurélio Lima de Queiroz [1]
Subprocurador-Geral de Justiça Militar

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO-PRESIDENTE DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

O Procurador-Geral da Justiça Militar (em exercício), no uso de suas atribuições constitucionais e com fulcro nos artigos 6º, inciso VI e 123, do Estatuto do Ministério Público da União - Lei Complementar nº 75, de 20 Mai 93 -, vem muito respeitosamente à presença de Vossa Excelência I M P E T R A R

M A N D A D O D E S E G U R A N Ç A

contra ato jurisdicional praticado pela Exmª Srª Juíza-Auditora da 5ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, nos autos do Inquérito Policial Militar nº 20/95, agredindo direito líquido e certo do Impetrante, consubstanciado em abuso de poder reparável por exclusiva via mandamental.

2. Outrossim, requer a concessão de medida liminar alternativa, *inaudita altera pars*, por evidente o *periculum in mora*, conforme ficará suficientemente demonstrado. Peticiona com arrimo no art. 5º, inciso LXIX, da Magna Carta e Lei nº 1.533, de 31 Dez 51, sob o rito estabelecido no Código de Processo Civil.

I. Veto do Mandamus

3. A ilustre autoridade reputada coatora, mediante Decisão proferida no IPM nº 20/95 (Doc 01), determinou em 27 Mai 96 o desentranhamento de dez peças procedimentais produzidas por Órgão do Ministério Público Militar - a Colenda Câmara de Coordenação e Revisão - com esse ato praticando virtual e concretamente lesão ao *dominus litis*, ao mesmo tempo ferindo as atribuições constitucionais e infraconstitucionais do Colegiado ministerial.

4. Com efeito, a insigne magistrada, depois de afirmar que as peças oriundas da Câmara "*não tornam prescindível a manifestação do Eminente Procurador-Geral*" considerou que a inserção desses documentos - os quais nomina de papéis - "*fere o ordenamento processual vigente, a começar pelo que dispõe o artigo 21 do Código de Processo Penal, valendo lembrar, finalmente, que o controle judicial não pode se fazer ausente, em casos que tais, dai porque determino*:

[1] *Ação promovida quando o autor, nomeado Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, encontrava-se no exercício do cargo de Procurador-Geral - julho/1996.*

a) sejam desentranhadas dos autos as seguintes folhas:

Fls 02 - Autuação da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Miliar:

Fls 64 - Abertura de Vista à S. Exª Dr Subprocurador-Geral Coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar;

Fls 65/66 - Ata da 52ª Reunião da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar;

Fls 67/68 - Ata da 53ª Reunião da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar;

Fls 79 - Termo de Juntada do Parecer do Exmº Sr. Dr. Subprocurador-Geral da Justiça Militar, e dos Votos dos Exmºs Drs. Subprocuradores-Gerais Membros da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar;

Fls 80/82 - EMENTA e Votos dos Exmºs Drs. Subprocuradores-Gerais Membros da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar;

Fls 111 - Termo de Vista ao Exmº Sr. Dr. Subprocurador-Geral Relator da ementa relativa à decisão da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar;

Fls 112 - Ata da 72ª Reunião da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar;

Fls 114/116 - EMENTA e Votos de S. Exªs Drs. Subprocuradores-Gerais Membros da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar;

Fls 117 - Ofício de S. Exª Dr Subprocurador-Geral Coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar à S. Exª Dr Procurador-Geral da Justiça Militar.

b) - Sejam tais peças autuadas - obedecendo-se a ordem da numeração feita pela Secretaria da Auditoria - mantida a capa original proveniente da autuação feita pelo Ministério Público Militar, encaminhando os autos à Sua Exª o DD. Dr. Procurador-Geral da Justiça Militar.

c) - Seja o Ministério Público intimado desta decisão.

d) - Retornem os autos, conclusos, depois de devidamente renumerados pela Secretaria."

5. Os documentos foram encaminhados à Chefia do Ministério Público Militar através do ofício nº 154/96 (12 Jun 96), sendo autuados em 01 Jul 96 sob registro de Protocolo nº 0300/96, agora no Gabinete do Procurador-Geral.

6. Para a plena compreensão do episódio cumpre relatar o histórico do referido IPM, onde consta como Indiciado o Marinheiro *Luiz Sérgio da Silva Júnior*. Proposto o arquivamento na 1ª Instância, foi indeferido pelo MM. Juiz-Auditor, subindo os Autos à manifestação do Chefe do *Parquet* Militar por força do estatuído no art. 397 do Código de Processo Penal Militar.

7. Segundo dispõe o Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/93), o inquérito foi remetido à Colenda Câmara de Coordenação e Revisão do MPM para o exame do arquivamento. Naquele Órgão, por unanimidade deliberou-se pela realização de diligência.

8. Uma vez cumprida, retornaram os Autos ao Colegiado, que se pronunciou pela indicação de Membro para a propositura da respectiva ação penal. Por decisão de 10 Abr 96, o Procurador-Geral da Justiça Militar nomeou a Promotora da Justiça Militar na 5ª PJM/Rio de Janeiro, Drª Hevelize Jourdan Covas Valle, para ajuizar denúncia no feito.

9. Ocorreu que, antes do avaliar a inicial acusatória, a il. magistrada determinou que fossem abstraídos dos autos todos os documentos produzidos na Câmara, — em ato surpreendente e ofensivo à Instituição Ministerial —, apesar de embasarem o fundamento fático e jurídico à resolução do Procurador-Geral. Somente depois de extirpados, proferiu r. Despacho rejeitando a Denúncia. (Doc nº 05).

10. Na oportunidade silenciou sobre o material extraído dos autos, não aludindo sequer ao trânsito do IPM nos Órgãos Superiores do Ministério Público, considerando como inexistentes os atos que culminaram com a designação especial de Promotor.

11. Dessa forma, por desbridamento impróprio afastou dos autos os elementos informativos que pudessem contrariar sua decisão negativa, sonegando-os às Partes e ao Egrégio Tribunal que procederá ao reexame da causa em grau de recurso.

12. O Órgão oficiante na instância inferior, que age neste caso por determinação expressa, ingressou com o competente Recurso Criminal contra a rejeição da denúncia, registrado nessa Corte sob o nº 6.304-3/RJ, ora aguardando o reinício das atividades judiciárias para a devida distribuição.

13. Em síntese, eis o histórico do ato guerreado.

II. Cabimento do Writ

14. A ação de mandado de segurança é cabível à espécie, possuindo o Impetrante legitimidade *ad causam* para ajuizá-la. Primeiro, por expressos dispositivos legais que o autorizam a enfrentar o ato em processo de rito especialíssimo (art. 6º, inciso VI, da LC nº 75/93). Segundo, porque age o Chefe da Instituição como Parte, tendo determinado a promoção de feito criminal contra o Indiciado no IPM, para tanto designando Membro da 1ª Instância para especialmente assim agir. Terceiro, porque lhe cumpre representar o Ministério Público Militar e garantir a plenitude das atribuições dos seus Órgãos institucionais e a defesa da Ordem Jurídica.

15. Em sede processual, jurisperitos conceituados admitem o seu uso contra ato judicial de qualquer natureza, "*desde que contravenientes a direitos líquidos e incontestáveis*" — como preleciona o Desembargador Meroveu Mendonça, citado por Rogério Lauria Tucci in *"Do Mandado de Segurança Contra Ato Jurisdicional Penal"*.

> *"É o próprio Poder Judiciário, reflexivo, corrigindo, além de outros poderes e autoridades, também a si próprio, nos seus erros e equívocos eventuais, mediante um meio legal, preciso, claro, de lealdade absoluta, um apelo a mais da confiança em sua elevação e autoridade".*

16. O conceituado Cretella Júnior *(Do Mandado de Segurança*) ensina que "*quanto aos atos relativos ao jus dicere, ou aos atos jurisdicionais propriamente ditos, não obstante a opinião de doutrinadores que negam segurança contra esse tipo de decisões judiciais, somos de opinião que, exceto em alguns casos (como os passíveis de recurso ou correição ou os com trânsito em julgado), nos demais casos, caberá mandado de segurança contra ato do juiz, mesmo em funções jurisdicionais, sempre que este fira direito líquido e certo do administrado*".

17. Rogério Lauria Tucci, professor de Direito Judiciário Penal nas Arcadas do Largo São Francisco, sustenta que "*inquestionavelmente faz por afigurar-se a admissibilidade do mandado de segurança contra atos jurisdicionais, ofensivos, por ilegalidade ou abuso de poder, de direito subjetivo individualmente líquido e certo, quer à falta de recurso previsto na legislação processual ou de correição regulamentada em lei de organização judiciária; quer, ainda, mesmo quando existente, se apresente a impugnativa ou a providência correcional destituída de efeito suspensivo*" - Do Mandado (Ed. Saraiva, 1978 - p. 79).

18. A profª Ada Pellegrini Grinover — em artigo publicado na *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* (vol. 18) — sobre a matéria escreveu que "*tem o MP legitimação para a causa, no sentido de pertinência subjetiva da Ação. O órgão do MP, legitimado para a impetração de segurança é investido também da capacidade postulatória quando o writ se dirige contra ato jurisdicional, sendo a instituição o único árbitro da conveniência e da oportunidade da impetração, inclusive no que tange a seu cabimento, no caso concreto*".

19. A salvaguarda do direito do Impetrante é requerida por este instrumental *sui generis* em razão da inexistência de recurso específico para enfrentar o ato coator, porque trata-se de procedimento pré-processual - peça noticiosa realizada na polícia judiciária e acrescida das manifestações do *Parquet*. Assim, para obter a proteção do direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus,* socorre-se do writ invocando a tutela cautelar do Tribunal Superior.

III. Dos Fundamentos

20. Para uma criteriosa e global análise do Recurso Criminal compete trazer à colação todos os documentos produzidos pela C. Câmara

de Coordenação, uma vez que fundamentaram a decisão do Procurador-Geral. Nesse aspecto reside o *periculum in mora,* evidenciando-se igualmente o *fumus boni iuris*, pressupostos para a concessão de medida liminar, sobrestando-se o aludido Recurso, até final decisão do *mandamus*, sob pena de irreparável prejuízo para o seu julgamento.

21. Considerando que a deliberação de ajuizamento da denúncia foi exarada pelo Procurador-Geral, na forma do disposto no art. 397, primeira parte, do CPPM, é de se reconhecer que o Impetrante é o próprio autor da demanda penal, demonstrando interesse em que os documentos que alicerçaram o *decisum* não sejam ignorados e sumariamente descartados, mesmo porque sua abstração impede que a Corte aprecie a integralidade dos fundamentos jurídicos e fáticos adotados. A extração dessas peças afronta o exercício regular da atividade-fim, constituindo ocultação indevida de informações, com inevitável dano para o autor da ação.

22. O conteúdo e formalidades da designação para a instauração de processo são irretiráveis, constituindo acervo inalienável, dado o prejuízo causado à Parte acusadora é à Justiça.

23. Tal postura intransigente e inflexível suscita imediata reparação, objetivando restaurar a eficácia das atribuições do Órgão revisional do Ministério Público Militar, criado por lei complementar à Constituição e regulamentado por Resolução do Conselho Superior (Doc nº 09 - Res. nº 06, de 10 Nov 93). A reinserção dos citados documentos no caderno indiciário restabelecerá a ordem jurídica violada, recompondo na integralidade o questionado IPM.

24. Instituída pelo Estatuto Nacional do MPU em 1993, a Câmara de Coordenação e Revisão do MPM em breve tempo consolidou notável exercício doutrinário e integrador no âmbito da Instituição. Basta dizer que, dos quatro ramos do Ministério Público da União, foi a primeira a possuir Regimento Interno.

25. A exemplo das congêneres do MP Federal (07 Câmaras), do MP do Trabalho (01 Câmara) e do MP do Distrito Federal (02 Câmaras), é presidida por um Subprocurador-Geral Coordenador, sendo seus Membros eleitos pelo Conselho Superior, para mandato bienal. Sua lotação funcional decorre de imperativo constante no art. 140 da citada legislação.

26. Possui uma Secretaria Executiva, cuja finalidade é assegurar a correção procedimental dos feitos submetidos ao Colegiado. Das suas decisões, deliberações, recomendações e pareceres é obrigatória a publicidade na imprensa governamental, cumprindo-lhe, dentre outras atribuições, "*manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial militar, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral*" - Art. 135, IV, da LC nº 75/93.

27. A distribuição de inquéritos e outros procedimentos nesse Órgão ocorre por sorteio, oficiando os Membros através de Relatório e Voto fundamentado, em sessão regimental. Das reuniões lavra-se a respectiva ata, retornando os autos ao conhecimento do Procurador-Geral para a decisão final prevista no art. 397, parágrafo 1º, do C P P M.

28. As atividades da Câmara e de seus Membros integram pronunciamentos institucionais decorrentes de lei e são legalmente incluídos nos autos, representando a manifestação do Ministério Público. Por isso, não podem ser rejeitados a livre arbítrio do juiz. Poderão, é bem verdade, até ser ignorados no conteúdo, sendo defeso que determine sua retirada dos autos resultando em mutilação inadmissível do inquérito. A autoridade judiciária rebelou-se com a produção jurídica dos Órgãos ministeriais, invocando o art. 21 do C P P M e *atribuindo franca subversão da ordem processual estabelecida pela lei adjetiva, ex vi do art. 21 do Código de Processo Penal Militar*". É aleivosa a assertiva.

29. Os documentos inseridos revelam a cuidadosa organização com o processado, zelando-se pela obediência às formalidades burocráticas e protegendo as capas de inquéritos com uma sobrecapa do Órgão, enquanto em tramitação, o que não impede de ser mantida a autuação judicial ao ser restituído à origem.

30. Essas providências em nada maculam o IPM, ao contrário do que equivocadamente sentiu a ilustrada autoridade. Não se desejou competir com o cartório judicial. Objetivou-se conceder credibilidade e rigor aos papéis juntados quando do trânsito dos autos em mãos do Ministério Público, exibindo transparência dos relatórios, votos e deliberações do Colegiado, não se ocultando nenhuma informação, como impõe as normas vigentes no Estado de Direito.

31. O ato coator lembra concepção fossilizada em contraste com as modernas tendências do processo penal, cujo exemplo é o promissor relacionamento entre Magistratura e Ministério Público, culminando em alguns Estados da Federação com a criação das Centrais de Inquéritos e Promotorias de Investigação Criminal, órgãos ministeriais que recepcionam os inquéritos diretamente da Polícia Judiciária, sem a intermediação judicial. Se a singular introdução de termos legais em um IPM provoca inusitada resposta, o que dizer das Diligências Investigatórias e outros Procedimentos Prévios que a lei complementar outorgou ao novo Ministério Público ?

32. Assim colocada a causa do autor, protesta pela notificação da autoridade coatora, nos termos do art. 7º, inciso I, da Lei nº 1.533/51, para prestar as informações que entender necessárias, no prazo de dez dias, oferecendo cópia integral desta petição preambular e dos documentos que a acompanham.

IV Do Pedido de Liminar

33. Diante do exposto, patenteada a relevância dos fundamentos e a possibilidade da ineficácia da medida, caso venha a ser deferida a final, requer o Impetrante, *inaudita altera pars*, o deferimento de medida liminar sobrestando o Recurso Criminal nº 6.304-3/RJ - em que é recorrente o Ministério Público Militar - até julgamento deste *writ* constitucional, ou alternativamente, em segundo plano, o

reentranhamento das peças identificadas no Documento nº 02, permitindo à tempo que a Egrégia Corte delas tenha conhecimento.

34. O seguimento do Recurso desfalcado das folhas ora desventradas afeta a realidade processual e prejudica sua apreciação, extraindo o alicerce em que se apoiou o Despacho para deflagrar a ação penal, prematuramente abortada.

35. Finalmente requer que esta ação seja distribuída ao Eminente Ministro-Relator do Recurso Criminal nº 6.304-3/RJ, por prevenção e dependência da causa principal, conforme estatuído pelo art. 40, parágrafo 1º, do novo Regimento Interno (Art. 50, § 1º, do RI vigente até 31.7.96).

V. Da Segurança Requerida

36. Diante das considerações expostas e da diáfana ilegalidade atribuída ao ato considerado coator - ferindo postulados constitucionais do Ministério Público - reparável pela via mandamental, requer o Impetrante *a concessão de segurança* para determinar o reentranhamento das peças extraídas dos Autos do Inquérito Policial Militar nº 20/95 (5ª Auditoria/ 1ª CJM), por ser providência de Justiça e de Direito.

Brasília-DF, 18 de julho de 1996*

Péricles Aurélio Lima de Queiroz
Procurador-Geral de Justiça Militar (em exercício)

**Nota da Redação: O Mandado de Segurança n° 270-7, foi concedido por decisão unânime do Superior Tribunal Militar em 03-09-1996. Não houve recurso do impetrado. Ementa: "MANDADO DE SEGURANÇA. Desentranhamento de peças, de autos de IPM, determinado pelo Juízo* a quo *antes do recebimento da denúncia. Peças desentranhadas produzidas na Câmara de Coordenação e Revisão do MPM e juntadas aos autos por determinação do d. Procurador-Geral da JM. Cabimento do* mandamus *em razão da inexistência de outro recurso para reformar a decisão atacada. O Impetrante ajuizou a causa como parte legítima, ferida no direito líquido e certo de ver mantidos nos autos documentos anexados no exercício de sua competência (art. 397, parágrafo 1° do CPPM). Direito do Impetrante de decidir e motivar sua decisão como achar conveniente. Determinada a juntada das peças, sequencialmente, como complemento ao despacho de fl. 77 do Exmo. Sr. Procurador-Geral da Justiça Militar. Decisão unânime."*

Investigação direta pelo Ministério Público

Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça do Brasil

COLENDO TRIBUNAL

SENHOR MINISTRO

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, Presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, entidade que congrega o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos Estaduais, em conjunto com os PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA que este subscrevem, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade acima epigrafadas, vêm apresentar o presente

M E M O R I A L:

1. SÍNTESE DO CASO

O PARTIDO SOCIAL LIBERAL propôs diversas AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE impugnando as expressões contidas no art. 7º, incisos I, II e III, no art. 38, incisos I, II e III e no art. 150, incisos I, II e III da Lei Complementar Federal nº 75, de 20-05-1993, que dispõe sobre o Ministério Público da União; artigo 26, inciso I, e 41, inciso II, e parágrafo único da Lei nº 8.625, de 12/02/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); artigo 60 da Lei Complementar Estadual nº 34, de 12/09/94, com alteração introduzida pela Lei Complementar Estadual nº 61, de 12/07/01, que dispõe sobre a organização do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e nos artigos 1º, 2º, incisos III, IV, VI e X, 3º, 5º, 6º, 7º e 8º da Resolução PGJ nº 52, de 12/06/02 da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, que cria o Centro de Apoio Operacional de Combate ao Crime Organizado e de Investigação Criminal – CAO – CRIMO, por entender que tais disposições violam o disposto nos artigos 5º, incisos LIII e LIV; 129, inc. I e VIII, e 144, § 1º, incisos I, II e IV, e § 4º, da Constituição Federal. Em resumo, insurge-se o requerente contra estes dispositivos porque conferem ao Ministério Público a "competência" para realizar diligências investigatórias e, para tanto, instaurar e presidir procedimentos administrativos de natureza criminal.

No entender do requerente, a Constituição Federal conferiu às Polícias Civis dos Estados e à Polícia Federal o exercício, privativo, das atividades da polícia judiciária e a apuração de infrações penais mediante procedimento formal e inquisitorial regulado pelo Código de Processo

Penal, à exceção das comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º, CF) e em relação aos Magistrados (ADIn nº 1.115-DF). Desta forma, o exercício das funções do Ministério Público, com base nos artigos de lei impugnados, usurpa a função de de polícia judiciária, atribuída pela Constituição Federal às Polícias Civis e Polícia Federal, além de ferir o princípio constitucional do devido processo legal porque a prova produzida nestas circunstâncias deve ser considerada "ilícita".

A declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos de lei impugnados refletirá nas atividades desenvolvidas pelo Ministério Público nacional, uma vez que existem disposições correlatas às questionadas, espraiadas pelas Leis Orgânicas do Ministério Público da União e dos diversos estados da Federação. Além disso, outras disposições serão afetadas, notadamente as que cuidam da instauração do procedimento administrativo e da realização de diligências investigatórias, bem como da apuração das infrações penais imputadas por membros do Ministério Público, cuja atribuição está afeta ao Procurador-Geral de Justiça. Quanto à investigação criminal do membro do Ministério Público, é de se ver que também há disposição simétrica no art. 33, parágrafo único da Lei Complementar nº 35/79, evidenciando o histórico liame entre a Magistratura e o Ministério Público.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO E O EXERCÍCIO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Os argumentos expostos pelo requerente restringem-se a questionar a legitimidade do Ministério Público de realizar diligências investigatórias diretamente, frente a uma notícia-crime, no âmbito de um procedimento administrativo próprio, ao invés de requisitá-las através da instauração de um inquérito policial à autoridade policial.

Este tem sido um tema constante de debate na doutrina e na jurisprudência, especialmente com a proposta de diversas ações diretas de inconstitucionalidade perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, versando sobre a investigação criminal promovida diretamente pelo Ministério Público. A respeito deste relevante assunto, duas correntes principais formaram-se:

a) a primeira, apresentada nesta ação, sustenta que a investigação criminal é de exclusiva atribuição da Polícia Judiciária (Polícia Civil nos Estados-Membros e Polícia Federal na União) e que ao Ministério Público somente incumbe requisitar inquéritos policiais e diligências investigatórias, que deverão ser cumpridas pela primeira Instituição;

b) a segunda posição de pensamento sustenta, em síntese, que o Ministério Público, como titular da ação penal pública, não é um mero espectador da investigação a cargo da autoridade policial, podendo, por isto, não só requisitar diligências como realizá-las diretamente, quando se mostrarem necessárias.

É inegável que a primeira tese tem como base um importante argumento, de que a se-

gurança pública e a apuração das infrações penais cabem, primordialmente, à autoridade policial, como lhe confere a Constituição Federal no artigo 144 e parágrafos. Contudo, esta interpretação não é convincente. Não é deferido à Polícia Judiciária o monopólio da investigação criminal[1].

Como se sabe, as exigências da segurança pública têm colocado sob constantes críticas e análises as funções da Polícia Judiciária e do Ministério Público. As instâncias formais de controle da criminalidade têm passado por profundas crises com o aumento da delinqüência violenta e, não raramente, com o desgaste dos órgãos encarregados da aplicação da lei penal. A própria legislação e a Justiça Criminal exigem reformas para a sua adequação à realidade. O Código de Processo Penal prevê tímidas hipóteses de atuação do Ministério Público na repressão da criminalidade. O nosso procedimento criminal, por exemplo, representa um tortuoso itinerário para a busca de uma justiça rápida e eficiente. O sistema adotado deixa a desejar quanto à eficácia e agilidade das investigações. Embora protagonistas da mesma atividade de persecução penal, a interdependência entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público é muito deficitária, quando não rejeitada completamente[2].

Este sistema jurídico adotado pelo Código de Processo Penal é bem criticado por RENÉ ARIEL DOTTI[3]:

"Se é certo, por um lado, que a denúncia ou a queixa devem estar suficientemente instruídas com elementos idôneos de convicção para justificar a deflagração da ação penal, também é correto, por outro, que a investigação autônoma desencadeada pelo órgão policial constitui obstáculo para se alcançar uma prestação jurisdicional mais eficiente e rápida".

O inquérito policial é primordialmente a forma de apuração de infrações penais. Porém, é necessário lembrar que o art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal mostra que autoridades administrativas diversas das de Polícia Judiciária podem exercer a função investigatória[4]. Aliás, isto é o que sucede, por exemplo, nos crimes falimentares e nos delitos praticados por membros da Magistratura, que são investigados pela própria autoridade judiciária, bem como no procedimento previsto na Lei nº 9.034/95 que defere ao magistrado poderes instrutórios e nas infrações penais imputadas a membros do Ministério Público, que são apuradas pelo Procurador-Geral da República ou pelo Procurador-Geral de Justiça, conforme a instituição que integra o investigado. Não se pode olvidar das Comissões Parlamentares de Inquérito, que podem ser criadas pela Câmara de Deputados e pelo Senado Federal, com poderes investigatórios

[1] *Cf*. ANTONIO SCARANCE FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 241; STF, ADIN nº 1.517, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Informativo nº 69.
[2] RENÉ ARIEL DOTTI, *Cf*. *O Ministério Público e a Polícia Judiciária – Relações formais e desencontros materiais*, **in** *Ministério Público e Sociedade*, Porto Alegre, Editora Fabris, 1986, p. 135.
[3] *Cf. O Ministério Público*..., ob. cit., p. 126.
[4] *Cf.* JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, Campinas, Editora Bookseller, 1997, vol. I, p. 140.

próprios das autoridades judiciais (art. 58, § 3º, da CF).

O advento da Constituição Federal de 1988 não só assegurou ao Ministério Público a titularidade, exclusiva, da ação penal pública (art. 129, inc. I), como trouxe para o âmbito de suas funções institucionais o controle externo da atividade policial (art. 129, inc. VII), cuja disciplina foi reservada à lei complementar. A Constituição Federal atribuiu, da mesma forma, ao Ministério Público, o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva (art. 129, inc. VI); requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 129, inc. VIII); e exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, inc. IX). Neste contexto, incluem-se os poderes próprios de investigação, que não lhe podem ser negados porque são inerentes às suas funções constitucionais em matéria criminal.

A doutrina[5] e a jurisprudência[6] convergem para esta orientação. Por sua perfeita síntese, convém transcrever o autorizado magistério de HUGO NIGRO MAZZILLI:

> *"De um lado, enquanto a Constituição deu exclusividade à Polícia federal para desempenhar as funções de Polícia Judiciária da União, o mesmo não se fez quanto à Polícia estadual (cf. art. 144, § 1º, IV, e § 4º); de outro, o Ministério Público tem poder investigatório previsto na própria Constituição, poder este que não está obviamente limitado à área não penal (art. 129, VI e VIII). Seria um contra-senso negar ao único órgão titular da ação penal pública, encarregado de formar a* opinio delicti *e promover em juízo a defesa do* jus puniendi *do Estado soberano (...), a possibilidade de investigação direta de infrações penais, quando isto se faça necessário"*[7].

O exercício da ação penal pública foi conferido ao Ministério Público de forma exclusiva. Desta forma, quando vislumbrar suficientes indícios de autoria e prova da materialidade, e obrigado a oferecer a denúncia. Para conferir justa causa à ação penal, o Ministério Público utiliza sobretudo do inquérito policial. Contudo, atenta ao Código de Processo Penal (arts. 12, 27, 39, § 5°, e 46, § 1°), a doutrina sempre se referiu ao inquérito como um instrumento faculta-

[5] *Cf.* **JULIO FABBRINI MIRABETE**, "*Processo Penal*" , 4ª ed., Ed. Atlas, 1995, n. 3.1.2, pág. 77, e *"Código de Processo Penal Interpretado*", 2ª ed., Ed. Atlas, 1995, nota 4.4 ao art. 4º, pág. 36; **RENÉ ARIEL DOTTI**, *O Ministério Público*..., ob. cit., p. 130; **MARCELO POLATRINI LIMA**, *Ministério Público e Persecução Penal*, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, 1997, pp. 84/92; **PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN** e **JORGE ASSAF MALULY**, *Curso de Processo Penal*, São Paulo, Editora Atlas, 2001, 2ª ed., pp. 104/108; **CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA**, *Comentários ao Código de Processo Penal*, Bauru, EDIPRO, 2002, vol. 1, p. 179-185.

[6] *Cf.*, ***v.g.,*** STF, 2ª Turma, HC nº 77.371-3/SP, rel. Min. NELSON JOBIM, DJ 23/10/98; STF, RHC nº 37.053, rel. Min. NELSON HUNGRIA, RF 197/298; STJ, 5ª Turma, RHC 3.457-2/SP, j. Em 18/04/94, Rel. Min. FLÁQUER SCARTEZZINI; STJ, 6ª Turma, RHC nº 10.225/DF, rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 24/09/2001, p. 342; STJ, 6ª Turma, RESP nº 223.395/RJ, rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ 12/11/2001, p. 176; STJ, 5ª Turma, HC nº 7.445/RJ, 5ª Turma, rel. Min. GILSON DIPP, DJ 01/02/99; STJ, 5ª Turma, HC nº 10.275/PB; STJ, 6ª Turma, RHC nº 8.025/PR, rel. Min. VICENTE LEAL, j. 01/02/98; TJSP, RT 743/631; TJRS, Câmara de Férias, HC 690000351, j. 4.1.90, RT 651/314-321; TARS, JTAERGS 79/128.

[7] *Cf.* O controle externo da atividade policial*, Revista dos Tribunais vol. 664, p. 392; também, do mesmo autor,* "Regime Jurídico do Ministério Público", 2ª Edição, Ed. Saraiva, 1995, pág. 228.

tivo e dispensável[8] para o exercício, pelo dominus litis, do seu direito de ação[9]. E nessa linha alinhou-se a jurisprudência, inclusive no Supremo Tribunal Federal[10].

Na precisa lição de PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN[11]: "A Constituição de 1988 não alterou esse quadro institucional: dentre os diversos órgãos que o Estado mantém para propiciar segurança pública, limitou-se a indicar qual deles tem a incumbência específica de investigar as infrações penais e de exercer a polícia judiciária (C.F., art. 144, § 4°). Daí não se pode extrair a exclusividade para o seu exercício. É que a norma não pode ser interpretada fora do contexto em que foi concebida, em dissonância com os demais princípios da Constituição Federal"[12].

Na verdade, o poder de investigação próprio é instrumento inerente ao dever de ajuizar a ação penal pública, pois esta fica comprometida quando a fase pré-processual não é desenvolvida com a necessária eficiência. Como bem observa JOSÉ FREDERICO MARQUES[13], o Código de Processo Penal sempre conferiu a outras autoridades administrativas os poderes para investigar amplamente a respeito dos delitos que possam interferir na sua órbita de atividade. Em outras palavras, não se pode conceber um Promotor de Justiça inerte, colocado na posição de mero espectador das investigações que se sucedem, aguardando, ao talante da autoridade policial, que o inquérito seja relatado, para só então decidir se propõe a ação penal (e em que termos), se arquiva o procedimento investigatório ou se requisita outras diligências. Aliás, é intuitivo que o Ministério Público deva dispor de mecanismos técnico-jurídicos que o permitam exercer plenamente a sua função primordial, isto é, a *persecutio criminis* em juízo.

A investigação criminal é uma atividade de autodefesa da sociedade e, por isto, compreende-se que o Estado se organize para exercê-la atribuindo-a à Polícia Judiciária. Porém, se esta não proceder a uma adequada apuração do fato delituoso, em prejuízo da persecução penal, a interferência do Ministério Público verificar-se-á para assegurar o sucesso dessa atividade, na qual o *dominus litis* tem evidente interesse. Ademais, o exercício eficiente e responsável da ação penal pelo Ministério Público insere-se também na garantia da segurança pública como

---

[8] *O inquérito policial e o termo circunstanciado nas infrações penais de menor potencial ofensivo são apenas obrigatórios para a autoridade policial.*

[9] *Cf. FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO* – Processo Penal. *6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p. 175-176; JOSÉ FREDERICO MARQUES* – Elementos ..., *cit., vol. I, 76 e 79, p. 143 e 146 – 147; HÉLIO TORNAGHI – cit., p. 138; EDUARDO ESPINOLA FILHO* – Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, *Rio de Janeiro, Editora Rio, 1980, vol. 1, n. 37, p. 246-248.*

[10] *Cf., v.g, RTJ 76/741 e 64/343; também HC 41.205, Pleno, j. em 10/3/65, Rel. Min. VICTOR NUNES; RHC 58.644, j. 10/3/81, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU de 22/5/81, pág. 4.736, RTJ 101/571; RHC 58.743, j. em 10/3/81, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU de 8/5/81, pág. 4.117, RTJ 101/580; RHC 62.300-RJ, j. em 13/12/84, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, j. em 13/12/84, DJU de 15/3/85, pág. 3.137.*

[11] *Cf.* O Monopólio da Ação Penal Pública, *tese de doutorado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Hermínio Alberto Marques Porto, Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica, 2001.*

[12] *Cf. ANTONIO SCARANCE FERNANDES* – Constituição da República. Código de Processo Penal e sua reforma, *in Justiça Penal: críticas e sugestões. São Paulo: Centro de Extensão Universitária-Revista dos Tribunais. 1984, p. 63; JULIO FABBRINI MIRABETE – processo Penal, cit., p. 77; VICENTE GRECO FILHO* – Manual de Processo Penal. *São Paulo: Saraiva, 1991, p.82.*

[13] *Cf. Elementos ..., ob. Cit., vol. 1, p. 140.*

dever do Estado e direito e responsabilidade de todos (art. 144, *caput*, CF). De fato, a prevenção da criminalidade não interessa, apenas, aos órgãos de polícia.

Essa é a lição do renomado Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA em seu consagrado manual: "Mas a segurança pública não é só repressão e não é problema apenas de polícia, pois a Constituição, ao estabelecer que a segurança é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144), acolheu a concepção do I Ciclo de Estudos sobre Segurança, segundo a qual é preciso que a questão da segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, Estado e população"[14].

Em verdade, as funções do Ministério Público na *persecutio criminis,* promovendo a ação penal e acompanhando a investigação policial, também compõem o sistema estatal de prevenção à criminalidade. Sobre este aspecto do Ministério Público, afirma RENÉ ARIEL DOTTI[15]*:*

> *"Como órgão de promoção e fiscalização da lei, como parte instrumental que promove a ação penal ou civil, que requisita os elementos de investigação e quaisquer diligências para a descoberta da verdade material, o Ministério Público é uma das instâncias formais de controle da criminalidade e da violência. A sua posição foi posta em destaque com muita clareza por Sessar, lembrando que se a vítima é a instância mais importante no que toca à iniciativa e controle do delito, o Ministério Público é, seguramente, a mais relevante no que toca ao seu desfecho".*

Não é por outro motivo que a Constituição Federal, em seu artigo 127, definiu o Ministério Público como uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, impondo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Na mesma linha, o artigo 129, inciso II, da Carta Magna também lhe atribuiu o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. A compatibilidade do exercício da atividade investigatória com as funções institucionais do Ministério Público pode ser verificada, também, pelo disposto no art. 129, inciso IX, que confiou a esta Instituição o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

Refletindo o ordenamento constitucional, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n° 8.625/93), em seu artigo 27, dispõe que "cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito: I – pelos poderes estaduais ou municipais; II – pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta".

[14] "Curso de Direito Constitucional Positivo", *6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1990, pág. 650; sem destaque no original.*
[15] *Cf.* O Ministério Público..., *ob. cit., p. 138.*

Além disso, a Lei Complementar n° 75, de 20-05-93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) estatuiu que o controle externo da atividade policial será exercido tendo em vista a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público (artigo 3°, "b"). Cumpre lembrar, mais uma vez, que as normas da referida Lei Orgânica aplicam-se, subsidiariamente, aos Ministérios Públicos estaduais (artigo 80 da Lei n° 8.625/93), sendo, por isso, úteis ao debate.

Nesse quadro normativo, não se pode subtrair do Ministério Público seu dever, como órgão da sociedade ou do Estado, de agir em prol da segurança pública, cumprindo-lhe, pois, atentar para a prevenção da criminalidade, em defesa de um direito fundamental assegurado a todos pela Constituição.

Mas não é só.

A Constituição Federal, em seu art. 129, inc. VI, confere ao Ministério Público o poder de expedir notificações e proceder a requisições de informações e documentos nas investigações que diretamente realizar, tanto na área cível como criminal. Este dispositivo constitucional, desta forma, assegura a possibilidade de instauração de procedimentos administrativos próprios, na forma da lei complementar respectiva, para a coleta de elementos de convicção para a formação da *opinio delictis*. Sobre o tema HUGO NIGRO MAZZILLI[16] ressalta que "se os procedimentos administrativos a que se refere este inciso fossem apenas em matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inc. III. O inquérito civil nada mais é que uma espécie de procedimento administrativo de atribuição ministerial. Mas o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível; atinge também a área destinada a investigações criminais".

Orientada por essa norma constitucional, o art. 26, inc. I, letras "a" e "b", da Lei n° 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) prevê a expedição de notificações para colher depoimento ou esclarecimentos, bem como a requisição de informações, exames periciais e documentos de autoridades e órgãos públicos. Semelhante dispositivo está previsto nas diversas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais e na Lei Orgânica do Ministério Público da União (art. 8° e incisos da Lei Complementar n° 75, de 20-05-1993). É necessário reconhecer que todas estas normas e aquelas previstas no Código de Processo Penal[17] , que dispensam o inquérito policial e admitem a pesquisa direta de elementos de convicção para a formação da *opinio delicti* do titular da ação penal pública, inserem-se no âmbito das funções institucionais do Ministério Público previstas na Constituição Federal.

---

[16] *Cf.* Regime Jurídico do Ministério Público*, São Paulo, Editora Saraiva, 2ª ed., 1995, p. 228; CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA, Comentários ..., ob. Cit., p. 181.*

[17] *Arts. 12, 27, 39, § 5°, 46, § 1° e art. 47: Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.*

Frisamos novamente que o nosso sistema processual penal visa propiciar ao Ministério Público autonomia para realizar a apuração dos fatos necessários para o oferecimento da denúncia, por meio da expedição de notificações para a coleta de depoimentos e requisições de informações e documentos (art. 129, inc. VI, VII e VIII, CF), tornando o inquérito policial facultativo e dispensável.

A propósito, o Egrégio Supremo Tribunal Federal acolheu argumento semelhante ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.571-1[18], que cuidou da representação fiscal para fins penais, prevista no art. 83[19] da Lei n° 9.430, de 27/12/96. Em seu voto, o Ministro NÉRI DA SILVEIRA ressaltou que:

> *"(...) É de observar, ademais, que, para promover a ação penal pública,* ut *art. 129, I, da Lei Magna da República, pode o MP proceder às averiguações cabíveis, requisitando informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos preparatórios da ação penal (CF, art. 129, VI), requisitando também diligências investigatórias e instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII) (...)".*

Como se vê, mostra-se anacrônico e contraproducente o entendimento de que a atuação do Ministério Público na fase preparatória da ação penal restringe-se a requisitar diligências investigatórias e inquérito policial sempre que necessitar coletar dados para a formação de seu convencimento. Por isto, não se pode coactar as funções do Ministério Público na prevenção da criminalidade, em busca da celeridade, do aperfeiçoamento e da indisponibilidade da persecução penal.

A discussão, na verdade, não se centra no art. 144 e parágrafos da Constituição Federal, mas sim naqueles pertinentes ao Ministério Público, notadamente o art. 129, I, da Superlei. Ocorre que ao elencar o fim maior que é o exercício privativo da ação penal pública, a Constituição também outorga ao Ministério Público os poderes necessários para o cumprimento desse mister, senão explicitamente, como ocorre com a requisição de informações, mas implicitamente, com a promoção da própria investigação criminal. É a aplicação do princípio constitucional dos poderes implícitos ou *implied powers*, cunhado pelo direito americano, segundo o qual se dispensa a exaustiva enumeração dos fins cometidos aos entes federados ou aos Poderes da República, bem assim ao Ministério Público, bastando o objetivo final, com o que se estará autorizando a utilização dos meios necessários para a consecução desse fim. Tome-se a lição de WILLOUGHBY[20]:

"Conquanto o Governo Federal seja um Governo de poderes enumerados, esses poderes não são descritos particularizadamente, e

[18] *DJ 25/09/1998, Ementário n° 1.924-01.*
[19] *"Art. 83 – a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1° e 2° da lei n° 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente".*
[20] *Apud, PINTO FERREIRA* – Comentários à Constituição Brasileira. *São Paulo: Saraiva, 1989, p. 136.*

desde o começo se entendeu que ele possuía, não simplesmente os poderes que lhe são especificados, e expressamente dados, mas, também, os que forem necessários e convenientes para o exercício efetivo dos poderes expressos."

É de se realçar o caráter subsidiário do poder investigatório, posto que regrado pelo critério da necessidade, de modo que não se estará subtraindo competência de agente público, mas a ela somando-se outra.

Nessa linha, considere-se que o legislador infraconstitucional nada mais fez, ao possibilitar o exercício de investigações pelo Ministério Público, do que atender à diretiva constitucional, justificando-se não só a existência de atos de investigação, como também de uma estrutura administrativa voltada para essa atividade fim (Grupos especializados e Promotoria de Combate ao Crime Organizado).

Estamos diante de um novo Direito Constitucional, onde a Constituição é essencialmente um diploma principiológico, que contém normas de cunho programático que se põem como regras a serem seguidas pelo legislador infraconstitucional. Trata-se, assim, de uma constituição dirigente, que delimita o âmbito da discricionariedade legislativa, em nome do cumprimento da orientação constitucional maior, como esclarece JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO[21] :

> *"O legislador está normativo-constitucionalmente obrigado a 'cumprir' ou a 'realizar' os preceitos constitucionais que careçam de concretização legislativa, sendo importante debater-se o meio de evitar que ele protele essas tarefas para 'calendas gregas';"*

Nessa perspectiva, a investigação realizada pelo Ministério Público não se contrapõe ao art. 144, § 1°, da Constituição Federal, mas se harmoniza com o art. 129, I, daquele Texto, autorizando sua disciplina pela legislação inferior, como forma de viabilizar o constitucionalmente previsto, em verdadeira obediência ao Texto Maior.

Pondere-se, ainda, que a inconstitucionalidade de ato normativo não pode mais ser auferida numa operação de compatibilidade lógico-formal entre a lei e a Constituição[22] . A indicação da (in)constitucionalidade não parte mais do contraste entre a lei e a Constituição, como numa operação de subsunção, em busca da existência ou não de constitucionalidade. Ao revés, tratando-se de uma constituição dirigente para o legislador, o que há de existir é a reconstrução dos vícios substanciais da lei com base numa perspectiva de realização dos fins constitucionalmente estabelecidos. Assim, se há uma adequabilidade do ato legislativo com o seu fim, cujo contorno se encontra no Texto Magno, não se poderá falar em inconstitucionalidade. É o que acontece na discussão ora estabelecida. O fim constitucional de pleno exercício da ação penal pública, consubstanciado na viabilidade da persecução

[21] Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, *Coimbra, Coimbra Editora, 2ª ed., 2001, p. 256.*
[22] *Cf. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO,* Constituição Dirigente... *ob. cit., p. 262.*

criminal se encontra plenamente realizado nas leis que cuidam de viabilizar a investigação por parte do Ministério Público.

Equivocado, também, é o pensamento que o Ministério Público, quando investiga, é parte que assume apenas ações unilaterais da acusação, alheia à verdade real do fato. Se o mesmo não ocorre quando o delito é apurado pela Polícia Judiciária ou pelo Poder Judiciário em hipóteses restritas, não se pode presumi-lo em detrimento do Ministério Público. De qualquer forma, assim como se dá no âmbito da investigação policial, se o investigado entender que está sofrendo uma coação ilegal, poderá utilizar-se dos mecanismos previstos no ordenamento jurídico, como a impetração do *habeas corpus.*

É oportuna a lembrança de VALTER FOLETO SANTIN[23] sobre o assunto:

> *"Inegavelmente, a persecução penal rápida, eficiente e efetiva atende aos fundamentos da soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1°, inc. I a III, CF), aos objetivos fundamentais republicanos na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3°, I, CF) e aos direitos e garantias fundamentais (igualdade, vedação de tratamento desumano ou degradante, liberdade de locomoção, art. 5°, caput, III, XV, CF), numa análise sob o ângulo da vítima e da sociedade, que têm direito à segurança pública e à preservação do seu patrimônio, saúde e vida (art. 144,* caput*), direito e responsabilidade de todos, mas dever do Estado."*

"Portanto, o Ministério Público tem o direito de efetuar investigações criminais autônomas, seja por ampliação da privatividade da ação penal, pelo princípio da universidade das investigações ou do acesso à Justiça ou direito humano da pessoa ser cientificada e julgada em tempo razoável (arts. 7° e 8°, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Pacto de San José), ou até por força do princípio do poder implícito, tudo em consonância com o ordenamento constitucional, o Estado Democrático de Direito, os fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil".

De fato, a idéia do Ministério Público coordenando uma investigação preliminar[24] ou realizando-a diretamente não é exorbitante. MARCELO BATLOUNI MENDRONI[25] recorda que a "evolução dos sistemas jurídicos caminha para a conclusão de que o Ministério Público deve ter a incumbência de dirigir o trabalho das investigações e, mais que isto, em alguns casos, conforme a gravidade do delito, participar pessoalmente de alguns atos inerentes à investigação". Na lição de SABATINI, citado por este ilustre autor, "a tarefa mais importante do Ministério Público está exatamente na fase da preparação do juízo"[26].

[23] *Cf.* O Ministério Público na Investigação Criminal*, Bauru, EDIPRO, 1ª ed., 2001, p.242.*
[24] *Cf. ANTONIO SCARANCE FERNANDES,* Processo ..., *ob. cit., p. 245.*
[25] *Cf.* Curso de investigação criminal*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 261.*
[26] *Cf.* Curso ..., *p. 262.*

No Código de Processo Penal Português, que é um dos mais avançados sistemas processuais, incumbe ao Ministério Público a direção do inquérito policial, assistido pelos órgãos de polícia criminal (art. 263, 1 e 2). Acerca desta função ANABELA MIRANDA RODRIGUES[27] afirma, com percuciência, que "Ao pretender resolver a situação, um novo Código de Processo Penal só podia fazer do inquérito a fase normal e usual de efectuar a investigação de um crime, a cargo do Ministério Público, que assim retoma em plenitude a sua função tradicional de domínio da investigação criminal pré-judicial, no que passa a ser assistido por órgãos de polícia criminal (...)". Esta autora portuguesa lembra aos mais céticos desta posição jurídica do Ministério Público que a sua atuação na fase investigatória obedece aos critérios de objetividade e legalidade. Explica a doutrinadora que: "O que significa, quanto à objectividade, que não lhe compete acusar a todo custo, mas apenas quando os elementos probatórios — recolhidos *"à charge et á decharge"* — apontem nesse sentido. Na fase de inquérito não se visa, pois, fundamentar a acusação mas sim "decidir sobre ela" (art. 262, n° 1), no que vai implicado que se proceda integralmente à investigação do caso, ou seja, que se proceda a todas as diligências para o apuramento da verdade e, portanto, também àquelas que possam concorrer para uma decisão de não-acusação. Colocado perante o caso, a obrigação do Ministério Público é contribuir para a descoberta da verdade, qualquer que ela seja".

Na Itália, da mesma forma, o Ministério Público dirige as investigações preliminares e pode pessoalmente completar cada atividade de investigação, bem como pode se valer da polícia judiciária para o cumprimento das diligências (art. 370, 1, do CPPI). Na fase investigativa, o Ministério Público italiano está submetido tão-somente ao chamado "juiz para as investigações preliminares", que exerce um controle de legalidade, autorizando operações que impliquem limitação de direitos (escutas telefônicas, busca e apreensão domiciliar, etc), resolve sobre os pedidos de medidas cautelares e, sobretudo, preside a audiência preliminar; além disto, decide sobre a procedência da viabilidade da ação penal e, se for o caso, sobre a negociação da pena[28]. A investigação criminal também é dirigida pelo Ministério Público na Alemanha, possuindo grande desenvoltura e autonomia no seu trabalho. Não há subordinação entre os agentes de polícia e o Ministério Público, mas na qualidade de polícia judiciária aqueles estão sujeitos às instruções e ordens do órgão. Por fim, nos Estados Unidos da América, a fase preliminar de apuração dos delitos também é elaborada pela polícia e pelos promotores, com enormes poderes para estes, que não estão atrelados ao princípio de obrigatoriedade da ação penal[29]. Na maioria dos casos, o promotor se limita a receber as provas colhidas pela polícia e

[27] *Cf.* O inquérito no novo Código de Processo Penal*, in "O Novo Código de Processo Penal", Jornadas de Direito Processual Penal, Coimbra, Livraria Almedina, 1997, pp. 58/79.*
[28] *LUÍS MARIA DÍEZ-PICAZO,* El poder de acusar, Ministério Fiscal y Constitucionalismo*, Barcelona, Editorial Ariel, p. 131.*
[29] *VALTER FOLETO SANTIN,* O Ministério Público na Investigação Criminal*, Bauru, EDIPRO, 1ª ed., 2001, pp. 110-125.*

atuar em conseqüência delas; porém, nada impede que o promotor, quando achar conveniente, adote qualquer tipo de iniciativa em matéria de investigação. Assim, a atividade de apuração da infração penal é compartilhada entre a polícia e o Ministério Público, tanto na esfera estadual como na federal[30].

No Brasil, em uma hipótese semelhante, a Lei n° 9.034/95 (alterada pela Lei n° 10.217, de 11-04-96) conferiu ao Poder Judiciário a atribuição de realizar diligências que envolvam direitos fundamentais (pessoalmente pelo juiz) no procedimento investigatório dos crimes resultantes de ações de quadrilha ou bando. As disposições relativas a esta função investigatória (art. 3° e parágrafo) foram questionadas pela ADEPOL — Associação dos Delegados de Polícia do Brasil em ação direta de inconstitucionalidade na ADIn n° 1.517-UF[31], tendo o Egrégio Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, indeferido a cautelar requerida e à vista das alegações no sentido de que tal legislação ofende o art. 144, § 1°, IV, e § 4° da CF (usurpação da função de polícia judiciária), o art. 5°, LIV, da CF (ofensa ao devido processo legal pelo comprometimento da imparcialidade do juiz na apreciação de provas por ele próprio colhidas) e o art. 5°, inc. LX, da CF (ofensa ao princípio da publicidade). A Corte Constitucional, concluiu o magistrado, tem poderes instrutórios e que: a) a investigação criminal não é monopólio da polícia judiciária; b) que a coleta de provas não antecipa a formação de juízo condenatório; c) que a CF autoriza restrições ao princípio da publicidade. Frisamos que o Ministro Sepúlveda Pertence (voto vencido) deferia a liminar por violação ao princípio do devido processo legal por entender que a coleta de provas desvirtua a função do juiz de modo a comprometer a imparcialidade deste no exercício da prestação jurisdicional. Como se vê, as suas razões para deferir a cautelar não se baseavam na impossibilidade de outra instituição proceder a apuração de infrações penais.

Por outro lado, é necessário lembrar que diversas situações recomendam a intervenção do Ministério Público, por sua independência em relação aos demais Poderes do Estado, desde a fase preparatória da ação penal, realizando investigações próprias. Não é raro ver-se policiais que são responsáveis pela prevenção e repressão da criminalidade envolvendo-se com o crime organizado e na prática de atos de corrupção com o objetivo de impedir a investigação de delitos, bem como cometendo atos de violência (p. ex.: tortura) ou abuso de poder. Em outras situações, os próprios chefes dos policiais (p. ex.: Secretário da Segurança, Delegados de Polícia) podem ser os responsáveis pelas ações criminosas. Da mesma forma, não se pode olvidar da criminalidade presente no Poder Público (peculato, desvio de verbas, corrupção, etc.). Nestes casos, entre outros, é inegável que a própria atividade de polícia judiciária poderá falhar, quando não for omitida.

A atuação do Ministério Público na persecução penal em sua primeira fase, atendendo à prevenção da criminalidade, deste modo,

[30] *LUÍS MARIA DÍEZ-PICAZO,* El poder de acusar..., *ob. cit., p. 76.*
[31] Informativo STF *n° 69.*

funda-se também na sua função constitucional de controle externo da atividade policial (art. 129, inc. VII, CF). Sem dúvida, o controle externo coaduna-se com o Estado Democrático e define-se como um sistema de vigilância, fiscalização, entre instituições, visando à prevenção e à correção de irregularidades constatadas, além do aprimoramento das atividades desenvolvidas pelo órgão velado, em prol do interesse público. Como bem diagnosticado por AFRANIO SILVA JARDIM[32] :

> *"o verdadeiro Estado-de-Direito não pode prescindir de mecanismos de controle de seus órgãos públicos. Este controle deve ser efetivado seja pelas instituições da sociedade civil, de forma difusa, seja pelos próprios órgãos estatais. Por outro lado, cabe salientar que a forma de se efetivar a necessária fiscalização não importa, necessariamente, na violação da autonomia ou da independência de determinado órgão do Poder Público. Impõe-se, moderadamente, afastar concepções meramente corporativistas, de forte conotação conservadora e que não atendem aos interesses da sociedade como um todo".*

Com efeito, é inimaginável adotar-se a tese que limita as atividades do Ministério Público na primeira fase da persecução penal, envolvendo esta Instituição de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF) em uma forma de passividade e conformismo com o resultado das investigações realizadas pela Polícia Judiciária, tornando o Promotor de Justiça ou Procurador da República um mero espectador do desenvolvimento (ou não) da apuração das infrações penais.

Em verdade, aqueles que preconizam o sistema no qual apenas a Polícia Judiciária pode realizar diligências investigatórias transformam o Promotor de Justiça em mero repassador da prova colhida por outra Instituição. Tal procedimento, como já aclarado, está sujeito a graves distorções e deficiências, que não asseguram uma perquirição da verdade real com a necessária eficácia e agilidade, prejudicando o exercício da titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público.

Como se sabe, a autoridade policial e o membro do Ministério Público vivem realidades diferentes. Em geral, aquela está em contato direto com a realidade do crime e tem a percepção direta de suas conseqüências; enquanto o Promotor de Justiça, assumindo uma posição dicotômica, deve acompanhar a investigação criminal e promover em juízo a persecução penal. A atuação do Ministério Público nestas fases (investigatória e processual) é distinta, determinada, até mesmo, pelas regras do ordenamento jurídico que as orientam. Desta forma, é mais do que razoável que o Ministério Público pesquise diretamente a prova que lhe servirá como base para a promoção da ação penal, quando necessário. Aliás, este aspecto da persecução penal foi analisado por RENÉ ARIEL DOTTI[33] com a sua notória percuciência:

> *"Este é um problema permanente e tortuoso não somente no campo das relações entre o Ministério Público e a Polícia como*

também no quadro dos interesses sociais. A instrução preparatória que seria o objetivo essencial do inquérito policial geralmente perde esse caráter quando a investigação é mal dirigida ou se extravia de rumo. Ao titular da ação penal se sobrepõe o titular do inquérito. Este deveria servir àquela porém a colisão de concepções em torno do fato delituoso, seus agentes e suas circunstâncias fazem de ambos os senhores os protagonistas principais de um litígio não declarado mas nem tanto encoberto a prenunciar o confronto entre o réu e a vítima. Em síntese: a denúncia que deveria transmitir a convicção pessoal do agente do parquet*, extraída de um contato direto com os meios de provas, se converte na síntese de uma presunção de culpa decorrente da leitura das peças de informação. E quantas vezes o registro do interrogatório, das declarações e dos depoimentos é uma ficção diante do que efetivamente foi dito pelo indiciado, pela vítima e pelas testemunhas?".*

Com a mesma orientação, HÉLIO PEREIRA BICUDO[34] assevera que no sistema pelo qual o Ministério Público limita-se a iniciar a ação penal, esta Instituição perde a dimensão que deve ter, em detrimento do bom funcionamento de todo o aparelhamento judiciário. Esclarece o autor:

"Transformado em mero repetidor da prova nos pretórios, o órgão do Ministério Público não cumpre, adequadamente, as suas tarefas, dando-se à ação penal uma configuração menos fiel ao seu sentido, porque deixa ela de refletir, na sua pureza, a pretensão punitiva do Estado, para transformar-se em veículo das imperfeições policiais".

Cumpre, por todo exposto, ao Ministério Público a tarefa que lhe foi constitucionalmente confiada de não só fiscalizar as atividades da Polícia Judiciária, no curso da investigação policial, como promover as medidas necessárias para a diminuição da criminalidade, aprimorando a apuração da infração penal e especialmente atuando de modo a reprimir as irregularidades ou abusos cometidos por agentes policiais.

3. CONCLUSÃO

Desta forma, as expressões contidas nos dispositivos legais impugnados, que conferem ao Ministério Público a possibilidade de instaurar procedimentos administrativos e realizar diligências investigativas de natureza criminal, estão em consonância com o ordenamento jurídico, delineado na nossa Carta Constitucional, razão pela qual as sobreditas ações diretas de inconstitucionalidade não devem ser julgadas procedentes.

Nedens Ulisses Freire Vieira, Procurador-Geral de Justiça de Minas Gerais/Presidente do CNPGJ; Edmar Azevedo Monteiro Filho, Procurador-Geral de Justiça do Acre; Lean Antônio Ferreira de Araújo, Procurador-Geral de Justiça de Alagoas; Jair José de Gouvêa Quintas, Procurador-Geral de Justiça do Amapá; Mauro Luiz Campbell Marques, Procurador-Geral de Justiça do Amazonas; Achiles de Jesus Siquara Filho, Procurador-

Geral de Justiça da Bahia; José Maria Rodrigues de Oliveira Filho, Procurador-Geral de Justiça do Espírito Santo; Ivana Farina, Procuradora-Geral de Justiça de Goiás; Raimundo Nonato de Carvalho Filho, Procurador-Geral de Justiça do Maranhão; Sérgio Luiz Morelli, Procurador-Geral de Justiça do Mato Grosso do Sul; José Marcos Navarro Serrano, Procurador-Geral de Justiça da Paraíba; Geraldo de Mendonça Rocha, Procurador-Geral de Justiça do Pará; Maria Tereza Uile Gomes, Procuradora-Geral de Justiça do Paraná; Romero de Oliveira Andrade, Procurador-Geral de Justiça de Pernambuco; Terezinha de Jesus Marques, Procurador-Geral de Justiça do Piauí; José Muiños Piñeiro Filho, Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro; Paulo Roberto Dantas de Souza Leão, Procurador-Geral de Justiça do Rio Grande do Norte; Cláudio Barros Silva, Procurador-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul; José Viana Alves, Procurador-Geral de Justiça de Rondônia; José Galvani Alberton, Procurador-Geral de Justiça de Santa Catarina; Luiz Antônio Guimarães Marrey, Procurador-Geral de Justiça de São Paulo; Moacyr Soares da Motta, Procurador-Geral de Justiça de Sergipe; Jacqueline Adorno De La Cruz Barbosa, Procuradora-Geral de Justiça de Tocantins; Marisa Terezinha Cauduro da Silva, Procuradora-Geral da Justiça Militar; José Eduardo Sabo Paes, Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal; Fábio Bastos Stica, Procurador-Geral de Justiça de Roraima

NOTA DA REDAÇÃO: Memorial apresentado ao Supremo Tribunal Federal pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Brasil, nas ações diretas de inconstitucionalidade N°s: 2.202, 2.613 e 2.703. As Ações diretas de Inconstitucionalidade n°s: 2.202 e 2.613 foram arquivadas por falta de legitimidade dos autores, uma vez que as agremiações políticas requerentes perderam representação parlamentar.