



# A FORÇA POLICIAL

órgão de informação e doutrina da instituição policial militar

ANO 2003

JANEIRO/FEVEREIRO/MARÇO

Nº 37



## A FORÇA POLICIAL

nº 37 jan/fev/mar/2003

Revista de assuntos técnicos de polícia militar, fundada em 10102194, pelo Cel PM José Francisco Profício, conforme Portaria nº DIP-001/6.1/94, alterada pelas Portarias nº 2EMPM-001/42/95, 2EMPM-001/43/97 e 2EMPM-003/81/99

Matriculada no 4º Cartório de Registro de Títulos e Documentos de São Paulo sob o nº 278.887/94, de 25 de março de 1994

**Produção:** Conselho Editorial sob a presidência do Comandante Geral da PMESP

**Administração (venda, custos de produção e distribuição):** Diretório Acadêmico XV de Dezembro da Academia de Polícia Militar do Barro Branco em parceria com o Conselho Editorial.

### **Conselho Editorial**

Cel PM ALBERTO SILVEIRA RODRIGUES - Presidente

Cel Res PM SILVIO CAVALLI - Vice-presidente

Cel PM FERNANDO PEREIRA

Cel PM PAULO MARINO LOPES - Secretário

Maj PM JOSÉ VALDIR FULLE

Maj PM MAURO PASSETTI

Maj PM LUIZ EDUARDO PESCE DE ARRUDA

Cap PM IEROS ARADZENKA

Cap PM NELSON GUILHARDUCCI

Professor Desembargador ALVARO LAZZARINI

Professor Doutor DIÓGENES GASPARINI

Jornalista Responsável: Cel Res PM GERALDO DE MENEZES GOMES - (mtb nº 15.011)

Revisor: Professor OSWALDO BELTRAMINI JÚNIOR

**Diagramação e digitação:** 2º Ten Res PM ROQUE FABRETTI

**Redação:** Praça Cel Fernando Prestes, 115, Luz, São Paulo/SP, Cep 01124-060 (QCG - 2EMPM - Biblioteca)

01124-060 (QCG - 2EM/PM - Biblioteca)

**CAPA: Alfredo Feijó.** Nasceu em Sant'Ana da Vargem Grande (hoje Vargem Grande do Sul - SP), a 06 de novembro de 1894. Embora sua educação formal fosse limitada (completou só o curso primário), possuía uma inesgotável curiosidade intelectual e desenvolveu ao longo da vida notável erudição. Era "homem de vistas largas" e de "grande inteligência", segundo seus contemporâneos de caserna'. Casou em 1917 com Ada Ignez Pacini, com quem teve cinco filhos – três homens e duas mulheres. Ingressou na Força Pública do Estado de São Paulo em 28 de abril de 1914. Foi promovido a cabo em novembro de 1917 e a 3º Sargento em 1918.

Em 05 de julho de 1924, quando o Major Miguel Costa e seus oficiais aderiram ao movimento revolucionário, a Corporação se dividiu entre rebeldes e legalistas. Embora a Unidade de Alfredo Feijó, o RC, fosse o epicentro da rebelião, preferiu permanecer leal ao governo, sendo preso pelos opositores. Finda a rebelião, foi recompensado por sua lealdade as instituições legais, com sua promoção a Aspirante a Oficial. Elogiado por seu "sangue frio, coragem e dedicação no desempenho de suas funções", recebeu,

---

<sup>1</sup> Memória Paulista, *op.cit.* p.21

em 1926, a "Medalha da Legalidade" por sua "bravura, esforço e lealdade [...] na luta pela restauração da legalidade".

No ano de sua promoção a 2º Tenente, e transferido em 15 de janeiro de 1925, do 2º Batalhão de Infantaria **para** o Regimento de Cavalaria, Unidade na qual viria a realizar sua vocação. Primeiro Tenente, em 1927. No Regimento, foi **instructor** de **recrutas**, **instructor** de educação física, de polo. Capitão a partir de 1929, comandou o Esquadrão de Metralhadoras, função que exercia quando da **irrupção** do movimento cívico-militar de 32. Foi **Alfredo Feijó** quem leu, em praça pública, a convocação para a luta firmada pelo Coronel Júlio Marcondes Salgado, **segundo posteriormente** para a campanha, na frente Sul, onde comandou o 2º Regimento de Cavalaria do Rio Pardo. Sua bravura em combate foi unanimemente reconhecida e sua participação na luta valeu sua promoção a Major, em 1946.

Intelectualmente privilegiado, fez parte de comissões para a elaboração de estatutos de hipismo e para a redação de legislação das Polícias Militares. Transferido para a reserva em 1948, foi promovido a Tenente Coronel e, posteriormente, a Coronel, por sua participação no teatro de guerra, durante o conflito mundial de 1939-45.

Combativo e combatido por sua veemência e **firmeza**, foi punido e transferido durante sua carreira sem jamais abdicar de seus pontos de **vista**, sempre em defesa dos interesses **institucionais**.

Foi sócio honorário do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo e autor de artigos e livros. Escreveu regularmente para a revista "**Militia**".

Atuou na Força Pública durante "39 anos de serviços prestados com calor e renúncia", orgulhando-se de jamais haver sido, em toda sua vida, empregado de ninguém, ufanando-se de "ser pobre e independente".

Faleceu de **infarto** ao volante de seu **carro**, em 11 de setembro de 1973.

Seu "Diário da Revolução de 32", apontamentos ilustrados sobre sua participação no movimento constitucionalista, foi doado pelo autor ao Museu **Paulista** da USP. Em 1997, Vavy Pacheco Borges, tendo sido **alertada** pelo Diretor do Museu **Paulista** sobre o valor dos originais, reuniu esse material a outro caderno, pertencente ao acervo do Museu de Polícia Militar, e publicou-os em formato de livro, citado na bibliografia deste resumo biográfico.

Fonte: Borges, Vavy Pacheco. Memória **Paulista** – SP: EDUSP, 1997.

Capa: Agradecimentos a família do biografado, na pessoa da 1º Ten Dent PM **Amarilis Feijó**, pela cessão da foto da capa, e ao Cap PM João Aifredo Lacorte **Trinck**, que viabilizou esse **contato**.

Crédito: Sd PM **Eliseu de Almeida Santos/DAMCO**

## ORIENTAÇÕES AOS COLABORADORES

A publicação de artigos e trabalhos obedecerá às exigências que se seguem:

1. versar sobre assunto **pertinente à destinação da revista**;
2. o texto deverá ser assinado, datado, escrito em linguagem impessoal e sóbria, com sugestão de título e ementa;
3. o autor observará as normas de **metodologia** científica para a sua produção, especialmente quanto às citações **bibliográficas** e fundamentação das afirmativas;
4. ao final do trabalho, que será remetido em 02 (duas) vias, o autor deverá colocar sua idade, endereço, qualidades que deseja ver mencionadas junto ao seu nome - ate 03 (três) \* e, em uma das vias, a **autorização de próprio punho**, para publicação independente de qualquer direito patrimonial e autoral sobre a **obra**;
5. ter no mínimo 03 (três) e no máximo 20 (vinte) laudas, datilografadas em espaço 02 (dois), com 35 linhas cada **lauda** e 70 caracteres cada linha O TRABALHO APRESENTADO EM **DISQUETE FACILITA A EDIÇÃO DA REVISTA**;
6. **não** será **aceita crítica** vulgar ou dirigida contra pessoa;
7. o Conselho Editorial decidirá sobre a conveniência e oportunidade da publicação das obras recebidas;
8. os trabalhos, bem como os pedidos de assinatura da revista, deverão ser encaminhados para "A FORÇA POLICIAL", Pça Cel **Fernando Prestes**, 115, Luz. **São Paulo**, CEP 01124-060, aos cuidados do Presidente do Conselho Editorial. - 2° **EM/PM-BIBLIOTECA**.

SOLICITA-SE PERMUTA

PIDESE CANJE

ON DEMANDE L'ÉCHANGE

SI RICHIERI LO SCAMBIO

**WE ASK FOR EXCHANGE**

**NÚMEROS ATRASADOS:** Poderão ser adquiridos, havendo disponibilidade de estoque, através de **carta dirigida** ao Conselho Editorial, especificando o (s) exemplar (es) e a quantidade desejada. O **preço-base** será o da última **edição**, incluídas as despesas de correio. Maiores informações poderão ser obtidas pelo telefone **3327-7403**.

A FORÇA POLICIAL

ANO 10

Nº 37

MARÇO 2003

SÃO PAULO, Polícia Militar do Estado de **São Paulo**

V. Trimestral **nº 37/2003 (JANEIRO/FEVEREIRO/MARÇO/2003)**

I. Polícia Militar - Periódico. 2. **Ordem Pública - Periódico**. 3. Direito - Periódico. I. São Paulo. Polícia Militar. Comando Geral.



## SUMÁRIO

I. A impunidade: sua avaliação criminológica – <i>Doutor Rubens Rodrigues</i> .....	7
II. O crime militar de desacato comporta <b>SURSIS</b> ? – <i>Doutor Ronaldo João Roth</i> .....	41
III. Demissão e Expulsão - aplicação imediata de sanções administrativo-disciplinares pela autoridade competente, no que respeita a estar ela ocupando o ápice da pirâmide organizacional – <i>Cap PM Roberto Botelho</i> .....	51
IV. Legalidade e Legitimidade nas decisões de comandos Policiais Militares – <i>Cap PM Roberto de Jesus Moretti</i> .....	73
V. O papel do Corpo de Bombeiros na segurança contra incêndios – <i>1º Ten PM Marco Antonio Basso</i> .....	79

### VI. LEGISLAÇÃO

a. Decreto Federal nº 4.431 de 18 de outubro' de 2002 – altera a redação do art. 21 do Regulamento para as Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares (R-200), aprovado pelo Decreto nº 88.777, de 30 de setembro de 1983.....	91
b. Portaria Cmt G PM1-005/02/02 – trata do serviço auxiliar voluntário – Soldado Policial Militar Temporário – Instruções Complementares a Lei Estadual nº 11.064, de 08 de março de 2002 – baixa.....	93

### VII. JURISPRUDÊNCIA

a. Processo nº 1218/02 – usurpação de função pública – não reconhecida; habeas corpus preventivo – concedido; inquérito policial trancado por falta de justa causa; acusado fotografado por policial militar para fins de arquivo – conduta reconhecida.....	107
b. Recurso Ordinário em habeas corpus nº 12.033 – Mato Grosso do Sul (2001/0129618-4) – Lei nº 9.099/95. Limite de 01 ano. Suspensão condicional do processo.....	121

c. *Apelação Criminal nº 366.535.3120 Cosmópolis/Campinas – Subtração de arma de fogo pertencente ao Município. Competência da Guarda Municipal. Desvio de função. Condenação. Provimento parcial.....135*

## I. A IMPUNIDADE: SUA AVALIAÇÃO CRIMINOLÓGICA

*RUBENS RODRIGUES - Procurador de  
Justiça do Ministério Público do Estado de  
São Paulo.*

### I - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Para o entendimento do nosso propósito, creio que, para se falar sobre impunidade, necessário se torna tecer, mesmo que de forma simplista, algumas considerações iniciais, sobre a pena e suas conseqüências.

Tal afirmação deflui do sentido de que, o método comparativo traz, de imediato, maior facilidade de compreensão, senão vejamos:

a. É muito mais fácil entender sobre a impunidade, se entendemos o que é a punição e, b. É muito mais produtor falarmos da criminologia, desde que saibamos que ela é a ciência que estuda o fenômeno da delinquência, fornecendo elementos imprescindíveis ao Direito Penal. Segundo "Nelson Pizzotti Mendes, "in" Problemas Atuais da Criminologia, Ed. Resenha Universitária, ed. 1.976, pág. 5, a reação social contra o fenômeno criminal compreende três ciências: 1. A criminologia que investiga o fenômeno da delinquência; 2. O Direito Penal: interpretação a aplicação das regras positivas estabelecidas pela sociedade. 3. A Política Criminal que é ciência e arte, o que toma em consideração a personalidade do criminoso." e c. Se caminharos cientes de que temos o mínimo de conhecimento sobre a finalidade das penas etc. Dito isso, passemos a uma apertada síntese, sobre o que é pena, sua finalidade e caracteres.

Damásio Evangelista de Jesus, em sua obra "Direito Penal, vol. I, Saraiva, 1985, pág. 455/7 traz assim a definição de pena: " Pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos".

Continua o autor: "Apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor e uma infração penal. Tem a finalidade

preventiva, no sentido de evitar a prática de novas infrações. A prevenção é:

a. geral; b. especial. Na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes. Na prevenção especial a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo".

Tocantemente aos caracteres afirma o culto penalista, na referida obra: "São caracteres da pena:

- a) é personalíssima, só atingindo o autor do crime (Constituição Federal, art. 153, § 33, "atual art. 5º., XLV");
- b) a sua aplicação é disciplinada pela lei;
- c) é inderrogável no sentido de sua aplicação;
- d) é proporcional ao crime"

Por seu lado, Edgard Magalhães Noronha em sua obra "Direito Penal", Saraiva, ed. 1979, pág. 228, afirma que o estudo da pena é feito por três grupos que compreendem as teorias absolutas, as relativas e as mistas.

As absolutas fundam-se numa exigência de justiça: pune-se porque se cometeu um crime (punitur *quia* peccatum est). Negam elas fins utilitários à pena, que se explica plenamente pela retribuição jurídica. É ela consequência do delito: é o mal justo oposto ao mal injusto do crime.

As teorias relativas procuram um fim utilitário para a punição. O delito não causa da pena, mas ocasião para que seja aplicada. Não repousa na idéia de justiça, mas de necessidade social (punitur ne peccetur). Deve não dirigir-se não só ao que delinuiu, mas advertir os delinquentes em potência que não cometam crime. Conseqüentemente, possui um fim que é a prevenção geral e a particular.

As teorias mistas conciliam as precedentes. A pena tem índole retributiva, porém, objetiva os fins de reeducação do criminoso e de intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária.

Realmente, uma coisa é afirmar o conceito da pena e, outra, seu fim. A pena é retribuição, é privação de bens jurídicos, imposta ao criminoso em face do ato praticado. É expiação. Antes de escrito nos Códigos, está profundamente radicado na consciência de cada uma que aquele que praticou um mal deve também um mal sofrer. Não se trata da

*lex talionis*, e para isso a Humanidade já viveu e sofreu muito; porém, é imanente em todos nós o sentimento de ser retribuição do mal feito pelo delinquente. Não como afirmação da vindita, mas como demonstração de que o direito postergado protesta e reage, não apenas em função do indivíduo, mas também da sociedade.

Com efeito, o Estado, como já se disse mais de uma vez, tem como finalidade a consecução do bem coletivo, que não pode ser alcançado sem a preservação do direito dos elementos integrantes da sociedade, e, portanto, quando se acham em jogo direitos relevantes e fundamentais para o indivíduo, como para ele próprio, Estado, e as outras sanções são insuficientes ou falhas, intervém como o *juspuniendi*, com a pena, que é sanção mais enérgica que existe, pois como já se falou, pode implicar até a supressão da vida do delinquente".

Dito isso, após buscar arrimo em dois mestres ímpares, podemos de maneira simplista afirmar que a pena, deve ser imposta aquele que praticar uma infração penal. Sua finalidade situa-se no binômio "retribuição prevenção". Para que se tenha uma pena próxima da necessidade real, objetivada pelo Estado, precisa este, através da ação penal, determinar sua qualidade e quantidade, em obediência aos preceitos legais.

## **II - DESENVOLVIMENTO**

Fixadas as considerações preliminares, sabedores do que é a punição e, quem dispõe do poder punitivo, no caso o Estado, podemos falar sobre a impunidade que é exatamente a ausência da punição.

A impunidade surge para os delinquentes através de diversas fontes, dentre elas, procuraremos alinhar algumas, sem a pretensão de esgotá-las. Dito isso, podemos apontar algumas fontes da impunidade:

### **1. AUSÊNCIA DE LEIS APROPRIADAS**

Claro está, que inexistindo um sistema legal adequado, toda e qualquer sociedade, torna-se um campo próprio, para a atuação livre dos delinquentes. A ausência de lei penal, provoca uma inversão de valores da seguinte ordem. Onde há a lei, prevalece a força desta. Na ausência da lei, diante até mesmo da necessidade de sobrevivência, desde a mais

remota **antigüidade**, sempre prevaleceu a lei da força, expoente máximo da delinquência, demonstrativo inexorável da impunidade. Em tais sociedades, o mais forte passa a ditar normas de comportamento.

## 2. LEIS INADEQUADAS

Neste particular há que ser ressaltado que a inadequação da lei, pode decorrer de inúmeros fatores. Nos **ateremos** a sua inadequação levando-se em conta ao desacerto entre o espírito da lei e a realidade social. Esse desencontro tem, provocado não só injustiças como também a impunidade.

Tomemos como exemplo o contido no artigo 5º., inciso LVII, da Constituição Federal. Consta em tal dispositivo: " o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;"

Pois bem, deixemos os dizeres legais e vamos a pratica. Um exemplo único, muito embora fatos iguais ao que vou relatar, ocorrem a todo momento, principalmente nas grandes cidades, poderá ilustrar com clareza, nosso ponto de vista. Certo dia, um determinado cidadão, diretor de uma grande empresa fabricante de veículo, residente na cidade de São Caetano do Sul, teve sua identidade extraviada. Em razão de seus afazeres diários, só alguns dias após o referido extravio é que veio sentir a sua falta. Mesmo assim, os dias foram passando, sem que ele tomasse as providências necessárias, ou seja, levar a registro o fato em um Distrito Policial. Poucos dias, após tal fato, não se sabe como, sua identidade foi parar nas mãos de um roubador, que adulterou-a, apondo sua foto no local da que havia sido originariamente colocada. Este delinquente, houve por bem, roubar um posto de gasolina na mesma cidade. Após dominar o único frentista do posto, ameaçando-o com uma arma de fogo, acabou por subtrair o dinheiro existente na caixa e o relógio de pulso desse empregado. Registrada a ocorrência na Delegacia, pelo proprietário do posto, ficou constando no Boletim de Ocorrência o frentista como testemunha e também vítima. Passados alguns dias da ocorrência do roubo, o ousado ladrão, passou em frente ao posto de gasolina e foi reconhecido pelo frentista, que acionou a polícia, e esta, em breve diligência, acabou por prender o roubador. Levado a delegacia,

lá estava de plantão um delegado recém ingressado na Polícia. Ao tentar identificar o roubador, este sendo um profissional do crime, de imediato apresentou a falsa identidade e negou-se a ser identificado, alegando o seu direito constitucional, ameaçando, inclusive, de processar o novato Delegado, por abuso de autoridade, caso este insistisse em identificá-lo, na gíria policial ("tocar piano"). Tanto aconteceu que o roubador foi identificado, pela falsa identidade, a qual foi lhe devolvida, logo após seu interrogatório. Como não se tratava de prisão em flagrante, o roubador foi liberado e nunca mais encontrado. Concluído o inquérito policial, denunciado, Não tendo sido, encontrado, citado por edital, tendo deixado de comparecer em Juízo, foi declarado revel, regularmente processado, restou ao final condenado, a uma pena de <05> anos e quatro meses de reclusão, porque incurso nas penas do artigo 157, §, 2º, I, do Código Penal. Não tendo recorrido, transitado em julgado a decisão, expediu-se mandado de prisão, ficando o roubador registrado como procurado, na Delegacia de Vigilância e Captura, da Capital Paulista.

Decorridos alguns meses, desse registro, o legítimo dono da identidade extraviada, precisando viajar para a França, pediu ao seu despachante que ultimasse sua documentação. Qual não foi sua surpresa ao descobrir que estava sendo procurado pela prática de roubo qualificado. Sua sorte foi que, o frentista do posto vítima e o Delegado de Polícia, que havia interrogado o verdadeiro roubador, foram facilmente localizados, podendo de pronto comprovar que o cidadão suspeito, nada tinha em comum, com o verdadeiro delinquente. Imagine-se que, em um caso semelhante, por qualquer circunstância, não fosse possível localizar o frentista e o Delegado? Claro está, que um cidadão inocente, por certo, iria pagar muito caro por ato não praticado. Este fato, por si só, se houvesse vontade política, seria mais do que suficiente, para se promover uma alteração ou supressão do aludido inciso, da Constituição Federal. Há que ser acrescentado que no caso retro citado, o verdadeiro delinquente, deixou de ser punido, face a ignorância de sua real identidade, numa demonstração inequívoca, que por um cochilo do legislador constituinte, a própria Carta Magna, deixa em aberto uma fonte de impunidade, mais ainda, tornou-se ela hoje capaz de provocar injustiças irreparáveis.

Outra lei, que tem se mostrado pelo menos parcialmente inadequada, em razão das peculiaridades brasileiras, é a Lei 9.210/84, Lei de Execução Penal.

Com o advento dessa lei, surgiu a obrigação do Estado em proporcionar trabalho ao recluso, sem que para tanto estivesse preparado. Surgiram, também, o direito as saídas temporárias, ao trabalho externo etc. A par disso, aliado ao espírito de benevolência surgiram as chamadas visitas íntimas, implantadas de forma inexplicável, que hoje pela Resolução n.º 1, do Conselho Nacional de Política Criminal, de 30.03.99, passou a ser considerado como um direito constitucional assegurado aos presos ("Considerando constituir a visita íntima em direito constitucionalmente assegurado aos presos"), colaboraram para a proliferação da impunidade. Tais visitas foram, as grandes responsáveis para a "importação e exportação" das DST, face a total falta de controle, de quem visitava e ou era visitado.

Claro está, que outros problemas gerou dita lei, a exemplo da remição, porém, nos ateremos a comentar os acima alinhados.

Com relação ao trabalho interno, pressionados pela sua necessidade de implantação imediata, isto porque, os dias trabalhados, na razão de três por um, passaram a ter influência direta no abatimento da pena, passaram os presídios a improvisar ou arrumar "trabalho" sem possuírem o mínimo de estrutura.

Visitas tem como "pano de fundo" a idéia da reinserção social progressiva, por outro lado, da forma como vem sendo feita, traz para a sociedade inúmeros problemas.

Anos atrás, laborava eu como coordenador das Promotorias de Justiça das Execuções Criminais da cidade São Paulo e, preocupado com o problema criminal, fiz um levantamento, para chegar ao número aproximado de condenados, que encontravam-se soltos, na grande São Paulo, no dia das mães, tendo chegado a seguinte conclusão: 1. Informou-me um Delegado amigo da DVC, que aquela Delegacia Especializada registrava entre mandados de prisão preventiva e prisões por condenações, algo em torno de 85.000. Fui informado ainda que, a maioria deles indicavam a última residência Alguns presídios chegaram até colocar presos para controlar as horas trabalhados por outros presos. No afã da benevolência, alguns julgadores entenderam possível a remissão por dias trabalhados, antes da vigência da lei, louvando-se

apenas em estimativas. Alguns presídios, por falta de estrutura relacionada pessoal e material, adotaram métodos que se aproximam do absurdo. Exemplifico: em alguns presídios do Estado São Paulo, os **detentos** exerciam suas atividades laborativas, costurando bolas, colocando molas em prendedores de roupas, pinos em dobradiças, **varetas** em guarda-chuvas etc. Por falta de local **adequado** trabalhavam nas próprias celas. Como tais presídios precisavam atestar as horas trabalhadas, em razão do que dispõe o **art. 33**, da Lei de Execução Penal, instituíram as chamadas horas-bolas. Para se chegar a tal consenso, tomaram por base, um **detento** com bastante prática em costura de bolas e outro com pouca prática. Após verificarem quantas bolas os dois **detentos** costuraram em uma hora, tiraram a média e estabeleceram as horas-bolas. Ao final do trabalho diário, as bolas costuradas, eram contadas, divididas pelo número convencionado, para que, ao final do mês, se obtivesse a quantidade de dias trabalhados.

Como não há fiscalização do efetivo trabalho, sabendo-se que, na maioria dos grandes presídios, existem os "donos da cadeia", sabe-se pois, porém é difícil provar, que uns trabalham, e outros contam os dias, para fins de remição. Tal ocorrência além de criminosa, comprova que o sistema penitenciário precário, aliado a exigência legal, tem tudo para favorecer a impunidade.

As saídas temporárias, a um certo tempo atrás, eram limitadas em cinco vezes ao ano, ou seja, por ocasião das datas festivas, assim relacionadas: dia da **páscoa**, finados, **natal/ano novo**, dia dos pais e dia das mães.

Se tais do procurado como sendo na grande São Paulo; 2. O setor de albergados, que "fiscaliza" o regime aberto e as suspensões condicionais da pena, registrava naquela época 11.200 condenados, em tais regimes; 3. O Conselho Penitenciário dava conta, que 1200 liberados, constavam em suas relações e, 4. Os presídios do Estado, haviam liberado, para a saída temporária, em tomo de 2.000 presos, a maioria deles, residentes na grande São Paulo. Somados todos esses números, cheguei a triste realidade no sentido de que, em torno de 99.400 indivíduos, condenados ou com a prisão preventiva decretada, perambulavam pelas ruas da minha cidade. Conclui ainda, que se pegasse esse número 99.400 e dividisse pela população carcerária da Casa de Detenção do Carandiru, que na ocasião oscilava em torno de 7.200, teria

a certeza de que o número de delinquentes, conhecidos pela Justiça, que se encontravam rua, naquele fim de semana, era maior do que 13 vezes a capacidade do aludido presídio.

Resta claro, pois, que nas saídas temporárias, um grande número de crimes são cometidos, aliás, a propósito, funcionários e diretores comentavam abertamente, que inúmeros **detentos** saiam para visitar seus familiares, levando apenas a roupa do corpo, todavia, quando retornavam traziam relógios, rádios, roupa boas e até bastante dinheiro. Indagados sobre a procedência de referidos objetos, afirmavam que haviam **ganhados** de parentes, amigos etc.

O trabalho externo, próprio dos presídios do regime semi-aberto, tem trazido sérios problemas para a sociedade local. O primeiro deles resulta da concorrência desleal com relação a mão de obra. Desleal, porque além de inexistir emprego, até mesmo nas grandes cidades, o **detento**, na maioria das vezes, tem o transporte, a moradia e até a alimentação garantida por conta do Estado, ao passo que o trabalhador comum, além de ver diminuída sua oportunidade de emprego, quando o tem, é obrigado a pagar aluguel, transporte, alimentação, água, luz, remédio, hospital etc. Some-se a tudo isso, que os presos além de não residirem na região, perambulam pela cidade, quase sempre ocasionando os mais variados problemas. Tal situação é tão grave, que várias cidades do interior do Estado, a exemplo de Sorocaba e Assis, se opuseram a ampliação de presídios locais.

Na baixada santista, no litoral do Estado do estado de São Paulo, mais precisamente na região de Mongaguá, os presos com direito ao trabalho externo, saiam pela manhã do presídio, e por conta própria tomavam o ônibus circular, indo inclusive "trabalhar" em outras cidades, tal como Santos, São Vicente etc., só retornando a noite, para o presídio. O que eles faziam durante o dia, nem sempre era fiscalizado.

O mesmo fato ocorria, nas cidades de Tremembé, próxima a Taubaté, Franco da Rocha, próxima de São Paulo etc. Tal situação era tão absurda, que alguns crimes foram cometidos, tudo levando a crer, que por presos neste regime e com tais regalias. Certa ocasião, ocorreu um roubo em uma padaria, na zona Leste de São Paulo. As vítimas foram encaminhadas ao Departamento de Investigações Criminais, para reconhecimento fotográfico. Lá chegando, reconheceram, de pronto, um indivíduo. indicando inclusive uma cicatriz no rosto do mesmo. Tal

departamento, efetuando pesquisa, chegou a pessoa de um detento, que estava no regime semi-aberto, na cidade Tremembé, que na ocasião dos fatos, trabalhava, externamente, em uma oficina mecânica. Requisitado para ser reconhecido pessoalmente, as vítimas o reconheceram como sendo o autor do crime. Indiciado, ingressou com um recurso de "habeas corpus", visando o trancamento do inquérito policial, alegando a negativa de autoria, uma vez que encontrava-se preso ao tempo do fato. A ordem restou denegada, face a dúvida, que naquele dia, tivesse ele trabalhado, embora tivesse saído do presídio, pela manhã, retornado a noite, como se trabalhar fosse.

Idêntico fato ocorreu, quando um caminhoneiro e seu ajudante foram vítimas de roubo e latrocínio, entre as cidades de Cotia e São Paulo. Logo após o delito, os dois roubadores, levaram, por certo tempo, o corpo do motorista e o cobrador como refém, abandonando este local ermo, e aquele em um matagal, levando o caminhão, objetos pessoais do ajudante e do falecido motorista. Feita a ocorrência, a polícia levou o ajudante, para o reconhecimento fotográfico, tendo ele reconhecido um indivíduo, que por falha da polícia, não foi de pronto o localizado no sistema penitenciário. Qualificado indiretamente, passados mais de dois anos, veio a polícia a localizar o indivíduo correspondente a foto. Tentada a localização da testemunha, não, sendo a mesma localizada requisitado o preso, nessa ocasião recolhido ao Presídio de Parelheiros, na Capital, ao ser interrogado negou a autoria. Denunciado, processado, enquanto tramitava o processo, ingressou com um "habeas corpus" pleiteando o trancamento do inquérito policial, sob a alegação de que se preso estava, não poderia ter praticado crime algum. Durante a tramitação do recurso de "habeas corpus", restou absolvido em primeira instância, por falta de provas, em razão disso o recurso de "habeas corpus" foi julgado prejudicado. Embora estivesse tal indivíduo em regime fechado, não havia no presídio, controle efetivo dos presos, tanto é verdade que alguns deles por conta e risco do Diretor, mesmo estando no regime fechado, colaboravam em serviços externos. Nesse caso o grande problema, para a aplicação da Justiça foi a morosidade da polícia em chegar ao autor e o desaparecimento da única testemunha, que era na época o ajudante da vítima fatal. Neste fato real, tem-se mais um exemplo típico, de que um órgão policial ineficiente, sem um meio de comunicação adequado, capaz de localizar um pessoa recolhida em um

presídio, na própria capital, se faz apropriado a facilitar a impunidade e incentivar o crime.

## **2. REFORMULAÇÕES PONTUAIS DA LEI PENAL, DE FORMA INADVERTIDA**

As reformulações pontuais, da lei penal, se levadas a cabo de forma inadequada, trazem para o poder aplicador da lei, sérias divergências, gerando descrédito e impunidade. Neste particular podemos citar como exemplo algumas recentes reformas:

a. a Lei 9271196, que deu nova redação ao art. 366, do CPP. A polêmica gerada quanto a suspensão do processo, com ou sem a suspensão do prazo prescricional. A possibilidade ou não da produção antecipada das provas etc.; Esta por certo, como abriu espaço a correntes **jurisprudenciais** diversas, havendo, ainda quem entenda que em caso de suspensão do processo, não pode suspender o prazo prescricional, além de manietar as mãos o órgão de acusação, determina a morte da pena, com o processo na prateleira do cartório.

b. a Lei 9714198, que permite a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito. Bastou sua elaboração para que inúmeros intérpretes e até mesmo aplicadores da lei, se vissem reforçados para **hostilizar** a Lei 8072190, taxando-a de inconstitucional, defendendo a possibilidade da aplicação daquela aos condenados pela prática de crimes hediondos etc. Neste particular, apenas a guisa de exemplo, só na cidade de Bragança Paulista, no interior do Estado de São Paulo, <14> catorze traficantes foram beneficiados com a substituição do restante da pena privativa de liberdade, pela restritiva de direitos.

c. a Lei 9455197, que define os crimes de tortura. Bastou que referida lei trouxesse em seu art. 7º., a expressão iniciará o cumprimento da pena em regime fechado, para que se desencadeasse uma infinidade de opiniões no sentido de que aos demais crimes considerados hediondos também se estenderia tal possibilidade. Como não podia deixar de ser julgados e mais julgados surgiram admitindo o entendimento no sentido de que a partir de então, os condenados pela prática de crimes hediondos teriam direito a progressão, no regime de cumprimento das penas.

### 3. MÁ APLICAÇÃO DA LEI PENAL

A lei penal, por ser totalmente obediente aos princípios da legalidade e da anterioridade (*nullo crimen nulla poena sine praevia lege*), por consequência lógica, corre sempre atrás do crime. Com efeito, este fator por si só, já está a demonstrar a ineficiência da lei penal. É que sendo o crime, um ato da vontade humana, claro está, que sua evolução se faz de forma continuada e constante, donde se conclui, que se a lei parar no tempo, como realmente tem se verificado, a impunidade aflora de forma assombrosa. (Obs. Voltaremos ao tema quando tratarmos do excesso de benefícios).

Não bastasse isso, como o ser humano esta sujeito a todo tipo de influência ou pressão da sociedade, para que a lei seja aplicada de forma incorreta, não se há de exigir muito. Some-se a tudo isso, que como cada fato é um fato, teoria que justifica a existência de uma ação penal para cada fato delituoso, prevalecendo o respeito a livre convicção de cada julgador, pode então, a lei, em razão da infinidade de entendimentos, mesmo que despreziosamente, ser mau aplicada.

### 4. EXCESSO DE BENEFÍCIOS

O benefício, como o próprio nome está a dizer, visa, de qualquer forma, amenizar uma situação penal. Em nosso ordenamento jurídico penal, inúmeras são as formas de benefício, indo desde a liberdade provisória, que pode ser obtida antes mesmo da condenação, até ao indulto pleno, onde por ato do Poder Executivo, o restante da pena imposta a determinado condenado é julgada extinta. Levando-se em conta que qualquer que seja o benefício tem ele a finalidade de amenizar a forma de cumprimento da pena, ou até mesmo de facilitar a vida de um indivíduo que ainda esteja sendo processado, o certo é que mesmo que seja criteriosamente aplicado, dá ao já condenado, ou até ao suposto delinquente a sensação de impunidade. Essa sensação é muito maior na sociedade, que passa a desconfiar se a lei é falha, ou se a Justiça não está sendo corretamente aplicada.

Cabe ressaltar, que aqui se engloba as facilidades legais, permitidas pelo próprio Código Penal, como também por leis, decretos e até provimentos, a exemplo do que ocorreu no Estado São Paulo, com o provimento que estabeleceu regras **parra** a execução provisória, da penas privativas de liberdade. Nos **ateremos** num primeiro momento no Código Penal.

A impunidade, encontra na Lei Penal fonte inesgotável para sua sobrevivência. Alguns princípios de vanguarda da lei objetiva, com o intuito de trazer segurança ao cidadão, acaba por dar ao delinquente armas poderosíssima. A guisa de exemplo o princípio da legalidade - "Não há crime sem lei anterior que o defina" - faz com que a justiça só aja com relação a fatos pretéritos e nunca acompanhando a evolução do delinquente, ou seja, primeiro tem que ocorrer um fato já descrito como crime, para que possa o indivíduo ser processado, julgado e se for o caso punido. Ora, é fácil concluir que a justiça caminha sempre atrás, nunca ao lodo e jamais a frente dos crimes.

A par de tal princípio, encontra-se os da irretroatividade da lei maléfica e o da retroatividade da lei ,mais benigna. Podemos dizer que a lei mais grave não pode retroagir no tempo para alcançar fato pretérito, todavia, a lei mais benigna, pode fazê-lo.

Não bastasse tais princípios, outros existem, dentre eles o "in dubeo pro reo", isto é, a dúvida milita em favor do réu, na hora da condenação.

O Código Penal Brasileiro, a exemplo de outros tantos de países estrangeiros, tanto que, sabiamente, alguns doutrinadores do passado, chegaram a chamá-lo de código protetor dos bandidos, traz em seu bojo inúmeros dispositivos que sempre beneficiam os delinquentes. Esse nome pejorativo, teve origem exatamente na proteção que este propicia aos delinquentes em geral, pois, o cidadão de bem, não praticando crime, não precisa usá-lo em benefício próprio.

Dentre os pontos geradores de impunidade, procuraremos alinhar alguns, sem ter a pretensão de esgotá-los, mas sim, apenas, para que possamos melhor meditar sobre o assunto. Para tanto, procuraremos indicar alguns dispositivos e suas conseqüências na vida prática.

Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Neste artigo repousam dois princípios: O da anterioridade da lei e o da reserva legal. Legalidade - não há crime sem lei que o defina. **Anterioridade** - não há crime sem anterior lei que o defina.

Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penas da sentença condenatória.

Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decidido por sentença condenatória transitada em julgado.

O "caput" desse artigo traz o princípio da "abolitio criminis", ao passo que seu parágrafo, determina a obediência ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica, vedando, por conseguinte, sua aplicação quando se tratar de lei que agrava a situação do delinquente.

O artigo 29, que indica o concurso de pessoas, não deixa, de certa forma de induzir benefício. O fato de seus parágrafos falarem sobre a participação de menor importância (§ 1º) e da vontade de participar no crime menos grave, já traz implícito a idéia de punição mitigada, para alguns co-autores. É que nosso sistema penal, insiste em aplicar a pena maior para os crimes dolosos. Todavia, se levarmos em conta, que a diferença entre o dolo e a culpa está centrada no elemento subjetivo, em certos crimes, principalmente os das grandes quadrilhas, onde as tarefas são adredemente divididas, torna-se quase impossível, diante das circunstâncias concretas, reconhecer o benefício da menor participação, ou da participação querida apenas, no crime menos grave. Exemplifico: um crime planejado, apenas para a execução do roubo qualificado. Por uma falha no plano, o roubo resulta e latrocínio consumado, embora de fácil previsão, mas sem a participação de todos os comparsas. Indaga-se. Como aplicar, corretamente as penas, ou a pena a cada partícipe? Bem que se diz que na prática a teoria se modifica.

Art. 33, que indica a forma de cumprimentos das penas nos regimes fechado, semi-aberto ou aberto. Este artigo aliado ao 112, da Lei de Execução Penal, impuseram, uma agilidade na progressão, a ponto de hoje se ter fila de espera, para o regime semi-aberto. Em certos casos, têm os Tribunais determinado que se aguarde a vaga em regime domiciliar. Essa medida, data venia, é uma forma atabalhoada de devolver o condenado a sociedade. Esse problema surgiu, porque no Código Penal de 1940, em sua parte geral, assim estabelecia: “ art. 30, §

5°. O condenado não perigoso, cuja pena não ultrapasse oito anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime semi-aberto, desde o início, ou, se ultrapassar, após ter cumprido um terço dela em regime fechado:

I - Se a pena não for superior a quatro anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime, desde o início, ou:

a) se for superior a quatro até oito, após ter cumprido um terço em outro regime;

b) se for superior a oito, após ter cumprido dois quintos em outro regime. Todavia, com o advento da Lei 7210184, a exigência temporal, para progredir de regime, passou a ser apenas de um sexto, art. 112, da referida lei. Claro restou, que tão logo dita lei entrou em vigor, a maioria dos condenados que estavam no regime fechado, passou a ter direito ao semi-aberto, provocando, com isso, uma verdadeira corrida descompressiva e descoordenada, no sistema prisional. Com efeito, muitas irregularidade foram cometidas, para fazer frente as exigências, sem que, para isso, estivesse o Estado preparado. Mais uma vez a sociedade foi a maior prejudicada.

Art. 42. computam-se na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

Como tal dispositivo é vago, não dizendo em qual pena privativa se computa o período de pena já cumprido, cabe a jurisprudência indicar caminhos, para se ter uma linha a ser adotada. Desde a edição da lei, começaram nossos Tribunais a meditar sobre pena, quando tem o condenado mais de uma condenação e, qual tempo de prisão provisória se aproveitaria. Surgiram então, duas correntes. A mais rigorosa dizendo que só poderia ser detraído, da pena privativa de liberdade imposta em definitivo, tempo cumprido, em razão do mesmo processo. A mais complacente apareceu afirmando que, poderia ser aproveitado tempo cumprido por outro processo, desde que o fato gerador - crime - tivesse ocorrido antes da prisão. Exemplificando as duas corrente's:

1. Corrente mais severa: preso pelo processo "A", só poderá **detrair** da pena de tal processo, o tempo que esteve preso em razão do mesmo.

2. Corrente mais benevolente: sendo processado no feito "A", estando em liberdade, vem a ser preso em flagrante pelo processo "B",

que julgado vem a ser absolvido, desde que condenado no feito "A", poderá **deduzir** o tempo que esteve preso pelo fato gerador do feito "B".

A corrente mais adotada, está sendo a mais benevolente.

Art. 48. A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Tal medida a exemplo da prisão albergue, por falta de estabelecimento adequado vem recebendo o seguinte direcionamento: No caso de limitação de fim de semana os juizes determinam que o condenado permaneça na própria residência. **O** mesmo ocorre com o regime aberto, que a título precário, tem-se permitido, que o sentenciado cumpra pena na própria residência.

Este último leva a um entendimento **esdrúxulo**, pois, por falta de estabelecimento, casa de albergamento, determina o Poder Judiciário que condenado, por conveniência própria, transforme sua casa em presídio, o que juridicamente é um absurdo, todavia, tal fato vem com frequência ocorrendo, na maioria das vezes com aval até dos Tribunais, com total desrespeito ao art. 117 da Lei de Execução Penal, Lei 7.210/84.

Art. 50 - Refere-se ao pagamento da multa. **A** multa se já era praticamente inexecutável, face os inúmeros fatores de dificuldade, localização do réu, impossibilidade de pagamento etc., com a modificação imposta pela Lei 9298196, praticamente. Tal pena foi sepultada. A impunidade é tão gritante com relação a pena de multa que desde a edição da Lei em 1.996, até hoje discute-se quem tem legitimidade para executá-la. Recentemente, o STJ em dois recursos especiais negou legitimidade ao Ministério Público, para executar a multa. Tais negativas ocorreram nos Recursos Especiais de n.º 164817/SP/0012050-5 - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - j. 20.04.99 e 180921, SP - Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 19.10.98. No mesmo sentido, do mesmo Tribunal e do mesmo Relator, 2ª. T - REsp. 175.912 (98.039359-5 - SP - julgado em 09.10.98.

Art. 60, ... § 2º A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a seis meses, pode ser substituída pela de multa, observado os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste código.

Tal dispositivo alcançou a benevolência de alguns julgadores de primeira instância e porque não dizer também da segunda, a ponto de no caso do crime do **art.** 16, da Lei 6368176, após impor as penas privativa

de <06> meses e multa de <20> dias, convertiam a privativa em multa correspondente a <10> dias, resultando a pena final do aludido artigo, resultará em <30> dias-multa.

Era de se notar então, que a intenção do benefício era tão benevolente, que até numericamente, a conversão se mostrava injusta, pois, mantém-se os <20> dias-multa exigidos pela pena cumulativa do art. 16 e converte-se os <180> dias de pena privativa - equivalente aos seis meses - em apenas <10> dias-multa. Os condenados que assim foram beneficiados, conseguiram na conversão eliminar <170> dias da pena privativa de liberdade. Justifico. Tal decorre porque para se converter a multa em pena privativa, caso o condenado não venha a pagá-la, a conversão só poderá ser feita na razão de um por um, de acordo com o art. 51, § 1º, do próprio CP. Some a tudo isso, a balbúrdia, atualmente estabelecida, pela Lei 9298196, anteriormente comentada.

*Art. 63.* Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

*Art. 64.* Para efeito de reincidência:

I- não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II- Não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

É importante notar que a partir da vigência da Lei 7.209/84, que alterou a parte geral do Código Penal, não mais existe a reincidência específica, disposta no art. 46, § 1º, inciso II, do CP de 1940, permanecendo, todavia a genérica, com período determinado.

Em comparação com a legislação anterior, o atual código limitou o período da reincidência no tempo, pois passados <05> anos e um dia, de acordo com o art. 64, I, pode o indivíduo voltar a delinquir que não será mais considerado reincidente. A reincidência tem efeito na imposição da pena e na fixação regime, obtenção de benefícios, tais como livramento condicional etc. Neste último, o reincidente nos casos de crimes hediondos não terá direito, já o primário, ao cumprir dois terços da pena poderá consegui-lo. Nos demais crimes exige-se do primário mais de um terço e do reincidente mais da metade.

Art. 70, "caput", primeira parte, ao dispor sobre o concurso formal, não deixa de premiar quem mais vier a delinquir. Ora, basta que se planeje praticar com uma só ação ou omissão, dois ou mais crimes idênticos, para que se tenha uma pena, em razão do resultado, quase sempre mitigada.

Art. 71, "caput". Este é um réplica do anterior, premiando de forma absurda os delinquentes contumazes. Com suporte neste artigo, delinquentes habituais, chegaram a confessar delitos não cometidos, porém até então, para a polícia, para encaixá-los numa série de outros tantos e assim conseguir diminuir o total das penas impostas. Este fato, sabidamente, ocorreu com muita frequência na época em que a **jurisprudência** aceitava facilmente a continuidade entre crimes praticados no espaço de trinta dias ou até menos.

Afora o entendimento **jurisprudencial** retro citado, traz tal artigo, não o tão só benefício da diminuição, desde que reconhecida a continuidade, mas também a possibilidade de se ter a extinção da pena a partir do sétimo delito inclusive, pois, levando-se em conta que os acréscimos variam de um sexto a dois terços chegaremos a seguinte conclusão, aliás já com precedente **jurisprudencial** a respeito: para dois delitos temos o acréscimo de 1/6, para três, 1/5, para quatro, 1/4, para cinco, 1/3, para seis, 1/2. Tem-se então que a partir do sétimo delito, inclusive, se ocorrer a continuidade, os delitos não servirão como fator de acréscimo, mas sim, terão suas penas extintas, por falta de amparo legal.

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos. Seu parágrafo primeiro assim dispõe: "Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a trinta anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo desse artigo. Esse dispositivo causou tanta polêmica, pois os sentenciados, principalmente em São Paulo, ingressavam em Juízo, com pedido de unificação, para posteriormente pleitear benefícios sobre o limite de trinta anos. Tantos foram os pedidos, que os Juizes começaram a sentenciar os feitos, para declarar que o limite máximo de trinta anos, só haveria de prevalecer para fins de cumprimento das penas. Outros chegavam ao absurdo de proferir sentenças de ofício, tão logo fosse elaborado o cálculo das penas, para declarar expressamente aquilo que a lei diz, ou seja, que os trinta anos diz respeito apenas ao cumprimento das penas.

Deixando-se o Código Penal, podemos afirmar em nosso ordenamento jurídico penal, como um todo, há excessos não só quanto ao número de benefícios, como também com relação ao seu objetivo.

O pior deles, entendo que tenha sido o indulto. Este, que em princípio era editado, tão somente para reparar as graves injustiças, passou, hoje, a ser editado com a nítida intenção de esvaziar presídios. Tal ocorre, por alegação do Poder Executivo, sob a fiia justificativa de que, não há mais lugar, para recolher quem pratica crime.

Para que se tenha uma visão dessa afirmação, basta verificar o Decreto n.º 2838/98. Neste decreto, a exemplo dos anteriores, permitiu-se o indulto do indulto, isto é, pode-se reduzir mais uma fiação do restante da pena, mesmo que esta já tivesse sofrido redução, no ano anterior. Com efeito, se assim continuar, o próprio Estado, através do Poder Executivo, se encarregará de cumprir a pena imposta ao sentenciado. Este decreto foi além, pois, passou a permitir que, quem tivesse sido beneficiado, com o regime aberto até 31.12.97, não importando o total do restante da pena, poderia obter indulto pleno.

É isso que se vê no inciso IX do art. 1º do referido decreto. Ora, diante de tais excessos de benevolências, surge para todo e qualquer delinquente, a certeza da impunidade. Pior que isso, traz para o delinquente o incentivo a prática criminosa.

## **5. MAU APARELHAMENTO DO PODER ENCARREGADO DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL**

Torna-se claro que se o Poder Judiciário, não dispuser de uma estrutura pessoal e material, a altura das exigências da área criminal, a lei será precariamente aplicada, conseqüentemente a impunidade se fará notar. Hoje nós temos com certeza um Poder Judiciário totalmente deficiente, além de extremamente dependente de órgãos afins. Sendo certo que os afins, também caminham a passos curtos, a exemplo da Polícia Científica, que mais se amolda a uma Polícia Empírica, resulta, pois, muito claro, quão deficiente anda a Justiça.

Este problema, se nota mais claramente, nas comarcas do interior dos Estados. Inúmeras são as cidades onde o Juizes, durante a fase processual, ou até mesmo na fase de execução, não dispõem de técnicos

habilitados e, até mesmo de equipamentos, para a elaboração de provas técnicas. Nesses casos, pressionados pelos prazos processuais, acabam laborando decisões, ou até mesmo tomando providência, muitas vezes, estribados em provas obtidas de formas empíricas.

O problema é igual ou mais grave, quando por falta de técnicos, são deferidos benefícios, sem que o reeducando tenha sido adequadamente avaliado. É que em casos tais, a sociedade recebe de volta, pessoas que, ao contrário de terem sido reeducadas, acabam especializando-se na marginalidade. É bastante frequente a ocorrência de crimes, cujos autores, são recém saídos da prisão, principalmente em casos de crimes graves, roubos, latrocínios, sequestros etc. Tal afirmação é tão verdadeira, pois temos conhecimento que, em inúmeras comarcas, por falta de psiquiatra, louva-se o Juiz em pareceres de apenas um psicólogo, quase sempre não oficial. Na maioria das vezes, nomeado esporadicamente, sem a devida especialidade, para o enfrentamento do binômio crime-criminoso.

## 6. ÓRGÃO POLICIAL INEFICIENTE

O órgão policial, que engloba as Polícias Civil e Militar, é o encarregado de agir preventivamente e repressivamente. Cabe-lhe ainda a tarefa de buscar as provas necessárias ao inquérito policial, além de outras atividades afins.

Quando esse órgão se mostra eficiente, em todos os aspectos, a criminalidade sente as consequências, tanto preventiva como repressiva. Nesse caso, poder-se-á aproximar-se de uma situação de tranquilidade social. Pode-se afirmar, que em tais circunstâncias, a impunidade não encontra espaço para sobreviver. Por outro lado, se esse órgão, não corresponde com a eficiência desejada, desde a origem do fato criminoso, a impunidade aparece com mais frequência. É que sendo falha a prevenção, já a criminalidade encontra terreno fértil para gerar seus frutos.

As consequências, quanto a impunidade, surgirão tanto mais, quanto maior se verificar a ineficiência policial. É que sendo a polícia **ineficiente**, já na colheita das provas, não terá o órgão de acusação, no caso o Ministério Público, elementos suficientes, para propor e sustentar,

adequadamente a ação penal. Por sua vez, o órgão julgador, no caso o Poder Judiciário, se mostrará totalmente impotente, pois, ele também, precisa **laborar** com provas sólidas, para impor uma condenação. De fácil conclusão, pois, que é o órgão policial é de vital importância, para se evitar a impunidade.

As polícias estaduais e federal deveriam, dentro de uma logicidade, em princípio, evitar a ocorrência do delito, prevenindo-o satisfatoriamente. Todavia, vindo o mesmo a ocorrer, não tendo sido possível evitá-lo, tampouco efetuar a prisão em flagrante do delinquente, deveriam elas partirem do crime, investigando-o pormenorizadamente, para se chegar ao criminoso. Porém, nossa realidade tem sido outra, pois as polícias, por falta de meios materiais e humanos, ou até mesmo por falta de conhecimentos técnicos e científicos, costumeiramente, têm partido do criminoso, quando e, se por acaso for preso, para se chegar ao crime.

Vale ressaltar, que se não bastasse a ineficiência visível dos órgãos policiais, no Brasil, a atividade de polícia é muito seccionada. Toma-se de difícil a aceitação, no sentido de que, se os criminosos escolhem o local do delito, de acordo com a conveniência e a oportunidade, precisem as autoridades decidirem, de quem é a atribuição, para a apuração do fato criminoso, se da polícia Municipal, Estadual ( militar ou civil) ou Federal (**fardada** ou civil. Não se pode perder de vista, que além das atribuições afetas a cada polícia, há que se levar em conta o território de atuação de cada uma delas.

A falta de homogeneidade nas ações policiais, além de prestar um desserviço a sociedade, traz para o delinquente a certeza da sua não punição. Hoje não se tem uma doutrina única para as atividades policiais, cada uma age de acordo com o seu chefe, que ocupa um cargo por confiança, na sua quase totalidade, por indicação e pressão de políticos, quase nunca ocupado por policial concursado. Não se tem, ainda no Brasil, um sistema centralizado, capaz de capitar e fornecer informações, não só sobre os delinquentes, mas também suas áreas de atuação. Aliás, diga-se de passagem, que existem Estados da Federação, onde suas polícias, por divergências estruturais, sequer trocam todas as informações, relacionadas a área criminal.

No Estado de São Paulo, outro fator, que tem sobremaneira, fomentado a impunidade, é a desorganização no transporte dos detentos, para as audiências.

Tal ocorrência, vem provocando o excesso de prazo, para a conclusão da instrução criminal, acarretando com isso, a soltura de presos perigosíssimos, que se condenados, não mais serão presos, face ao natural abandono, do sítio da culpa. Esse problema surge por vários fatores, dentre eles a falta constante de viaturas, de escolta, de remoção em tempo hábil, de localização do preso, ou, até mesmo por manobras inescusáveis.

Para se ter uma noção desse problema, de acordo com o levantamento estatístico da Polícia Militar do Estado de São Paulo, encarregada de efetuar a maior parte dos transportes, na grande São Paulo e, excepcionalmente, para algumas cidades do interior, das 36.274 requisições recebidas, no período de janeiro a junho, inclusive, de 1.999, foram realizadas 30.312, por circunstâncias diversas, não foram realizadas 5.962, escoltas. Esse número corresponde a 16%, do total solicitado, ou ainda, mais de 1/7 do referido total.

Vale a pena ressaltar, e isso a prática tem demonstrado, que as não apresentações, quase sempre, ocorrem para os traficantes, roubadores, grandes quadrilheiros. Em contra partida, são os primeiros a ingressarem com recurso de "habeas corpus", postulado a revogação da prisão preventiva ou o relaxamento da prisão em flagrante, alegando excesso de prazo. Ressalte-se que, embora não tenha sido até então, nossos Tribunais, muito benevolentes, ainda assim, boa parcela deles, por possuir bons advogados, tem alcançado seu objetivo e, conseguido a liberdade.

## 7. SISTEMA PRISIONAL INADEQUADO

Um sistema prisional adequado, dentre outras finalidades, serve para concretizar a função estatal. Não basta aplicar a pena, é imprescindível que ela seja rigorosamente cumprida. Uma pena mal cumprida é igual a um curso mal ministrado. Um condenado mal reeducado é semelhante a um aluno mal formado. Se este sai um péssimo profissional, aquele, com toda certeza, porque já ingressou com vício e,

---

com ele conviveu, sairá desprovido de todo e qualquer valor, até mesmo humano.

Para o **infrator**, diante da nossa realidade, resta a dúvida, todavia, para o condenado a certeza, no sentido de que, se praticado um crime, não cumprirá ele, de forma **correta**, a pena imposta. Vale ressaltar que diante de tal situação, as penas impostas estão perdendo sua finalidade, reeducativa, restando, ainda que de forma precária, a punitiva.

A prática tem demonstrado, que da forma como vem sendo cumpridas as penas, nos diversos presídios, na maioria das vezes tem ela funcionado como uma verdadeira escola do crime. Vale dizer que, os mais experientes ensinam e doutrinam os mais ingênuos.

No momento que o sistema prisional, deixa de mostrar ao reeducando a verdadeira finalidade da pena, passando, de forma diversa, a ensinar-lhe a viver no ócio, não deixa de, mesmo que maneira indireta, estar fomentando a criminalidade, que ao final, traz não ao cidadão comum, a sensação e ao sentenciado, a certeza da impunidade.

Merece ser citado como exemplo de presídio inadequado, a Casa de Detenção do **Carandiru**, em São Paulo, onde estão depositados em torno de 7.200 presos, autores dos mais diversos delitos e, oriundos da mais diversas regiões do país, da América do Sul e porque não dizer do mundo.

É uma legítima e verdadeira universidade do crime, local onde tudo acontece. Quem conhece o mínimo desse presídio e, o mínimo de segurança, pode afirmar, sem medo de errar que **lá** senão tudo, mas quase tudo depende e é feito pelos próprios presos. É "mundo a parte". Tanto é verdade, que o último grande roubo, praticado contra a agência central, do Banco do Estado de São Paulo, de onde comenta-se, que foram roubados mais ou menos R\$ 37.000.000,00, foi, inicialmente, planejado nesse presídio.

É inconcebível, que em um só presídio, sem o mínimo de estrutura, se queira manter tantos presos. O que se torna mais grave, é que **lá** recolhiam-se presos, sem condenação definitivamente e, até mesmo pessoas presas, em razão da decretação da prisão civil. **O** que se esperar de um sistema prisional dessa envergadura?

Para encerrar este capítulo, vale a pena contar algo por mim vivenciado, como Promotor de Justiça, numa visita de rotina a esse presídio. Andando em um dos corredores, deparei-me com um **detento**,

condenado por tráfico de entorpecentes. Ao encontrá-lo, porque já o conhecia de uma audiência no Juízo Corregedor dos Presídios, na ocasião centralizado na Capital, junto a Varadas Execuções Criminais, cumprimentei-o, indagando a seguir o porquê da sua volta a prisão. Respondeu-me na gíria do presídio, que ali estava novamente pelo 12. Curioso, indaguei-lhe, porque não havia mudado sua vida, pois ao que se sabia, a cadeia, não era tão boa assim, para se retornar tão rapidamente. Disse-me ele: sabe doutor, a vida lá fora está muito dura. Trabalho não existe, a droga dá dinheiro, mas a polícia sempre atrapalha. Quando a gente arruma uns bagulhos, é difícil de repassar. Aqui não, a coisa é mais fácil, o cliente fica no local certo, a polícia não atrapalha, inclusive protege as muralhas e afasta os concorrentes. A “boia”, a moradia, a luz, a água e o transporte são gratuitos, por isso o lucro é certo. Após tão proveitoso bate papo, retornei a minha Promotoria de Justiça, convicto de que, para alguns indivíduos, em razão da situação de penúria e de desordem, que vive nosso país, o crime ainda está sendo um bom negócio.

## **8. FALTA DE ESTRUTURA PESSOAL E MATERIAL, NOS SISTEMAS PRISIONAIS, PARA ACOMPANHAR E ORIENTAR O CONDENADO, DURANTE O CUMPRIMENTO DA PENA**

Este tema está intimamente ligado ao anterior, na medida que inexistindo nos presídios, que compõem o sistema prisional, pessoas habilitadas e equipamentos adequados, para classificar, orientar e acompanhar a o reeducado durante o cumprimento da pena, o sistema como um todo, tenderá a apresentar, como realmente tem apresentado, reflexos negativos.

A Lei de Execução Penal, número 7.210/84, em seu artigo 5º dispõe que: "Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal".

Já o art. 6º do mesmo diploma legal diz que: "A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador e acompanhará a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor a

autoridade competente, as progressões e regressões dos regimes, bem como as conversões. O art. 7º, traz a composição da CTC.

O art. 8º diz que: "O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas a individualização da execução. Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto".

É notório, que o exame de classificação a que deveria ser submetido o sentenciado, para efeitos de orientar a individualização na execução da pena, nunca foi efetuado. Hoje, precariamente, se realiza o exame criminológico, quando o condenado pleiteia a progressão de regime, a obtenção do livramento condicional ou do indulto.

Decorre de tal deficiência, já de início, um cumprimento de pena de forma anômala. O primeiro fator negativo advém da forma heterogênea como os delinquentes são tratados "reeducados".

Não há como entender uma reeducação prisional, onde se tem detentos das mais variadas regiões do país, que praticaram delitos de espécies diversas, cumprindo penas diferentes, em um mesmo presídio, e, porque não dizer na mesma cela. É evidente, que os inexperientes acabam por adquirir conhecimentos, da mais elevada técnica, da delinquência. Aprendem eles, 24 horas por dia, como burlar a lei, sem ser, por ela, atingido.

Não se pode olvidar, que os criminosos, também possuem sua "moral" própria, seu orgulho, seus desejos etc. Por tais fatores, torna-se inquestionável, que a aproximação de delinquentes, de forma aleatória, como atualmente vem ocorrendo, em nossos sistemas penitenciários, fomenta a criminalidade.

## **9. INTROMISSÃO DE PODER POLÍTICO, ESTRANHO A EXECUÇÃO DA PENA, NOS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS E NO FIEL CUMPRIMENTO DAS PENAS**

O fato do Poder Executivo, a exemplo do que ocorre no Estado de São Paulo, ser o responsável pelos estabelecimentos prisionais, Poder

esse, que vive a política pela política, traz inegavelmente problemas gravíssimos para o exato cumprimento da pena.

Por ser um Poder heterogêneo e sem regras permanentes, impõe ao sistema prisional situações caóticas. Dado o seu excessivo interesse político, provoca a cada mudança de administração, o direcionamento das "metas" a serem alcançadas.

É sabido que ser humano gosta e aceita regras objetivas e claras. Como todo sentenciado, é um ser humano, que na maioria das vezes apresenta problemas familiares, sociais, psíquicos etc., claro está que, percebendo a fragilidade na disciplina, na burocracia, na ausência de autoridade, tudo fará para burlar a lei. Um exemplo mais do que claro, nos vamos encontrar nas consecutivas rebeliões ocorridas no Brasil, onde presídios são demolidos, incendiados, pessoas são tomadas com reféns etc.

Não bastasse tudo isso, no Estado de São Paulo, o Poder Executivo, para fazer frente as necessidades do sistema prisional, o tem sob a responsabilidade de duas Secretarias, a da Segurança Pública, responsável pelas Cadeias Públicas e pelos Distritos Policiais e a da Administração de Assuntos Penitenciários, responsável pelos presídios regionais tanto da Capital como do interior. Para se ter uma idéia desse problema, o jornal O Estado de São Paulo, do dia 28 de maio de 1.999, caderno A3, sob o tema "Uma política errada" assim fez constar: "... Os prejuízos causados pelas rebeliões em cinco cadeiões administrados pela Secretaria de Segurança no primeiro semestre de 1988 foram de R\$5, 8 milhões. Com esse dinheiro seria possível construir quatro cadeias semelhantes ou sete escolas com capacidade para 500 alunos. Pesquisa de instituto especializado independente demonstrou que no ano passado foram cinco rebeliões por mês no sistema prisional paulista e apenas 17% delas foram provocadas por superlotação. Na grande maioria dos casos, a mistura de presos de alta periculosidade com detentos condenados a penas menores está na origem das rebeliões. Sistema sob a responsabilidade da Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo abriga pouco mais de 32 mil presos. Os detentos sob cuidados da Secretaria de Segurança Pública ultrapassam 30 mil presos. O processo de transferência dos presos condenados dos distritos para as penitenciárias estaduais tem sido acelerado.

**A** revolta de Martinópolis confirma que presos de maior periculosidade devem ser tratados de acordo com essa periculosidade. Esse tratamento não significa, evidentemente, concessões que apenas desmoralizam a autoridade. Está na hora da administração do sistema prisional começar a tratar presos de diferentes graus de periculosidade de maneira diferente".

A duplicidade de responsabilidade sobre os presídios, entre duas Secretarias de estado, tem gerado para sistema penitenciário situações que caminham para o insolubilidade. O fato do excesso de lotação nos Distritos Policiais, que desprovidos da segurança mínima necessária, tanto que delinquentes em liberdade já invadiram Distritos e liberam delinquentes encarcerados. Rebeliões já provocaram a destruição de Cadeias, Distritos, presos feridos e executados. Recentemente os delinquentes tomaram de assalto o 27º DP, do Bairro de Campo Belo, na Capital, ocasião em que além de levarem seus comparsas espancaram a Delegada de Polícia e só não a executaram, porque um Policial Feminina que estava na parte externa chamar por reforço. Sobre o tema em reportagem da Rede Globo de Televisão do dia 29/08/99, no Programa Fantástico, um preso encapuzado, disse que se preso novamente preferirá o resgate pago a delinquentes, a um bom advogado. Nessa reportagem, informou o repórter que de janeiro a agosto de 1.999, só no Estado de São Paulo, ocorreram dezenove resgates em Cadeias e Distritos Policiais, nos quais os delinquentes levaram vantagem. Em entrevistas, nesse mesmo programa, policiais que não se identificaram, porém, porém restava claro que se tratava das duas polícias, disseram que têm medo de se identificarem, um deles, disse inclusive, que de folga já presenciou a prática de roubos, sem tomar nenhuma atitude para resguardar sua vida e de pessoas que se encontravam presentes.

Para mais ilustrar a gravidade da delinquência na atualidade, envolvendo os Distritos Policiais, o jornal do dia 29.08.99, O Estado de São Paulo, em seu Caderno A3, trouxe a seguinte matéria: título "**A** vez do apito eletrônico" - O manifesto da associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo é um grave alerta sobre a situação da Segurança Pública. Os Delegados reconhecem que os policiais de plantão não têm condições de "prevenir e repelir" as invasões para resgate de presos nos distritos policiais. Consideram iminente a "morte estúpida e anunciada" de policiais plantonistas tomando como exemplo o

espancamento sofrido pela delegada e investigadores do 27º DP, de Campo Belo, na semana. Em linguagem bem direta o manifesto aponta que o governador e o Secretário das Segurança "tem se mantido omissos" quanto as providências necessárias para enfrentar a situação.

É inegável que distritos policiais não podem ser transformados em penitenciárias. A polícia, não pode arcar sozinha com a proteção dessas cadeias superlotadas. Uma resolução da Secretaria de Segurança Pública, de abril de 1. 998, retirou da Polícia Militar, a pedido do comando, a incumbência de fazer a guarda externa das cadeias públicas. A questão não é saber a que polícia cabe, burocraticamente, a guarda das cadeias. Não se pode admitir que cada uma das duas polícias "empurre o abacaxi" de cuidar da segurança das cadeias para a outra.

O programa de transferência dos presos condenados das delegacias completou um ano sem alcançar o objetivo de pôr fim a superlotação carcerária. O atraso na entrega das novas penitenciárias é apenas parte da explicação. O fato de que todo mês a Polícia recolhe 700 pessoas no sistema prisional - o suficiente para lotar um dos cadeiões construídos - reduz muito a eficiência do programa. Transferir presos das delegacias para as penitenciárias inibe resgates. Porém, transferir presos de um local para outro, dentro de um mesmo sistema superlotado, certamente não elimina essa ameaça. De julho de 1. 998 a julho deste ano, o número de presos do sistema penitenciário saltou de 38 mil para 49 mil. Dos distritos policiais e cadeias que formam o sistema prisional da Secretaria de Segurança Pública, foram removidos quase 13 mil presos. Mas nesse mesmo período, o número de detentos do sistema prisional da Segurança Pública não caiu na mesma proporção, passando apenas de 33.569 para 31.724. Ou seja, os presos transferidos para as penitenciárias (até de avião!) foram substituídos nos DPs, por novos detentos, que a polícia prende todos os dias.

O Departamento de Polícia Judiciária da capital considera que seria necessária a construção imediata de pelo menos 10 novos presídios semelhantes aos 24 que o governo Covas pretende entregar até dezembro. Além dos R\$ 230 milhões já investidos na construção desse presídios, seria preciso investir mais R\$ 95 milhões. Esse gasto é imperativo se se pretende devolver as delegacias de polícia paulista a função primordial de atender a população e investigar crime em vez de funcionar como depósito de "presos".

Enquanto essa solução "emergencial" não é efetivada, o pedido do delegado Mauro de Andrade, da DECAP, de instalação de alarmes eletrônicos, que conectem as delegacias de uma mesma região, merece atenção. Esse equipamento, que não é caro, inibirá a operações audaciosas de resgate de presos. A de que acusada a Secretaria da Segurança, no manifesto da ADPESP, não pode ser confirmada pela recusa de instalar nas delegacias um simples "apito eletrônico", para que ao menos se saiba quando estão sendo atacadas pelos bandidos".

## **10. A FALTA DE ESTRUTURA PESSOAL E MATERIAL, PARA O ACOMPANHAMENTO DO REEDUCANDO, POR OCASIÃO DA SUA REINserÇÃO NA SOCIEDADE**

Seria convincente a política criminal, se ao final da pena, tivesse o egresso um acompanhamento visando sua reinserção na sociedade. Há que se supor, que deixando ele a vida do presídio, por certo, em liberdade, onde precisará caminhar pelas próprias pernas, encontrara muitas dificuldades. Sua readaptação, sem o devido acompanhamento, poderá acelerar seu retorno ao crime. A vida sedentária da prisão, impõe ao ser humano a teoria comodista no sentido de que "quanto menos se fizer melhor se vive", aliás, própria do maior numero de indivíduos da nossa sociedade.

Nesse particular, merece consideração o entendimento, quase que unânime, dos estudiosos dos fatores geradores da delinquência, no sentido de que, os delinquentes, com raríssimas exceções, já possuem o desvio de personalidade, desvio este, indicativo da falta de vontade para exercer regularmente um trabalho aceito como normal. Gostam eles, quase sem exceção, da vida fácil, na luxúria e, se possível, sem trabalhar.

Como sabidamente não dispomos de pessoal e tampouco de material, para tal fim, conclui-se que, tão logo seja a pena cumprida, o egresso é devolvido a sociedade, sem qualquer orientação, por consequência, sem nenhum tipo de acompanhamento. Pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que o retorno, da quase totalidade dos egressos a sociedade, se dá de forma muito pior, comparando-a com a do seu

ingresso no presídio. Aliás, tem-se como certo, que uma grande porcentagem desses indivíduos, perde até o **contato** com seus familiares.

Não há como olvidar-se, que a força para o trabalho, em razão do tempo, da forma de vida, das agruras físicas e psicológicas, se torna bastante precária. Com efeito o caminho do crime torna-se, até por conhecimento próprio, mais próximo e mais convincente.

Para concluir esse tópico, sobre o sistema prisional, podemos afirmar que conseqüências gravíssimas estão por vir. Como tal problema está "afetando" a situação política do Poder Executivo, tem este interesse direto, em provocar o desinchamento dos presídios. Para que tal aconteça, não raras foram as vezes, que surpreendemos políticos empenhados em descriminalizar certos crimes, a exemplo do furto qualificado, no novo projeto do Código Penal, parte especial, que se depender de muitos políticos, dependerá de representação. Outra coisa não se tem ouvido falar, quanto ao uso e o tráfico de drogas. É que, lamentavelmente, nas mudanças até agora propostas, o uso deixaria de ser considerado crime, e ao traficante dar-se-ia de progressão, no regime de cumprimento da pena.

Os "argumentos políticos" quanto a esses crimes, tem sido no sentido de que os usuários são doentes e que os atuais traficantes não passam de "mulas", para os grandes. Como estes, não se tem conseguido prender, por tal razão, não se justificaria prender apenas os pequenos etc.

### **III - CONCLUSÃO**

Mesmo sem grandes incursões, chega-se, facilmente, a conclusão quão maléfica é a impunidade, mormente, em uma sociedade heterogênea como é a brasileira. Nota-se de pronto que sua impulsão para a criminalidade, ocorre de tal modo que os delinquentes, têm formado verdadeiras empresas, objetivando lucros por meios ilícitos.

Embora outros fatores contribuam para o aumento da delinquência, dentre eles o desemprego, a falta de moradia, a desigualdade social etc., ainda assim, é inegável que a impunidade instiga quem ainda não delinuiu e encoraja sobremaneira o reincidente.

Mesmo sabendo-se, que um número elevado de delitos, não são levados ao conhecimento da polícia, cujas vítimas, por comodidade, por

falta de crédito na polícia, ou para evitar publicidade danosa, a exemplo do crimes contra os costumes etc., mesmo assim, o aumento crescente da criminalidade, comprova sem reboços, que a impunidade é um das grandes fontes geradoras da criminalidade ou do desenvolvimento criminológico.

A impunidade contribui tanto para a evolução criminal, que hoje os grandes crimes, considerando-se o número de vítimas e o total dos bens subtraídos, são praticados em qualquer horário e em qualquer lugar. Nos dias atuais, os delinquentes chegam ao absurdo de promoverem a invasões aos distritos policiais, cadeias públicas, chegando até mesmo ao enfrentamento direto com escoltas policiais, para arrebatarem os presos.

Apenas a guisa de ilustração e, para melhor consolidar tal afirmação, Nelson Pizzotti Mendes em sua obra anteriormente citada, página 118, fez constar o seguinte:

"De janeiro a setembro de 1.972 (período pesquisado) cometeram-se, na Grande São Paulo, 39.488 delito descobertos. Um cima de insegurança envolve a cidade: se antes era perigoso andar de taxi ou a pé, durante a noite, agora sequer é seguro andar de ônibus (recentemente houve o sequestro de um ônibus lotado, no bairro do Morumbi, do qual resultaram mortes e subtrações de valores).

Houve 39.448 delitos ou seja, provavelmente há um número equivalente de pessoas marcadas pelo medo. A cidade cresceu tanto que está com medo de si própria. Das sete da noite as sete da manhã, é perigoso andar na cidade. E a insegurança ainda é maior durante os fins de semana, principalmente nas noites de sexta-feira para sábado e de sábado para domingo.

De meia em meia hora, há um assalto a mão armada em São Paulo. Cerca de 70% são praticados por menores imputáveis, de acordo com a legislação penal em vigor (A cidade está com medo de suas crianças? )".

Comparando-se as estatísticas criminais, aceitando-as apenas como números aproximados, isto porque um número elevado de crimes, com já se tornou por demais sabido, nem chegam ao conhecimento dos órgãos policiais, poderemos concluir o quanto é estimulante para criminologia, a impunidade, seja ela gerada por qualquer fonte.

Bem a propósito, de acordo com o levantamento estatístico da Secretaria da Segurança Pública do estado de São Paulo, só no município da Cidade de São Paulo, desde a vigência das Leis 7.209/84, Parte Geral

do código Penal e 7210184, Lei de Execução Penal, que passaram a vigorar em janeiro de 1985, levando-se em consideração a população e os delitos de homicídio doloso, furto, roubo, furto e roubo de veículos, chegou-se aos seguintes dados:

- a) 1985, população = 8.981.806, crimes conhecidos = 181.255;
- b) 1998, população = 9.772.886, crimes conhecidos = 297.484;
- c) Aumento da população, 1998 - 1985 (9.772.886 - 8.981.806 = 791.080);
- d) Aumento da criminalidade, 1998 - 1985 (297.484 - 181.225 = 116.259).

Considerando-se que cada dia tem **24h**, que somados todos os dias, mês a mês, teremos em um ano 8.860 horas. Considerando-se ainda, o mês de fevereiro com tendo apenas 28 dias, chegaremos a seguinte conclusão:

No ano de 1985, tivemos 181.255 delitos conhecidos, que divididos pelo número de horas = 8.860, **tal resulta em + ou - 20,4 delito/h.**

Já no ano de 1988, tivemos 297.484 delitos conhecidos, que divididos pelo número de horas = 8.860, **tal resulta em + ou - 33,6 delitos/h.**

Por derradeiro, considerando-se que o aumento da população foi de apenas 791.080 habitantes, claro restou o aumento da criminalidade. Some-se a isso, que não só aumentou número de delitos, mas o poderio e a ousadia dos delinquentes também apresentou um aumento gritante. Para melhor definir podemos dizer que houve aumento na qualidade e na quantidade. Vale ressaltar, nesse particular aspecto, que já em 1976, Nelson Pizzotti Mendes, na obra anteriormente mencionada, páginas 120 "usque" 121, já comentava a mudança de comportamento dos delinquentes, assim afirmando :

"Os criminólogos explicam como mudou a maneira de ação dos criminosos: antes eles se especializavam, cada um tinha a sua técnica, que exigia habilidade e paciência.

Em nosso meio (conforme o jargão rotineiro) havia, por exemplo, o "mioleiro", que utilizava o alicate para retirar o miolo das fechaduras; o "marmotista" especializado em abrir cofres; o "micheiro", que usava chaves falsas, e o "ventanista" que pulava janela silenciosamente para furtar uma casa. Hoje em dia, o furto ( em nosso Código Penal: subtração sem violência a pessoa) tem diminuído, e o roubo ( assalto com uso de

violência ou ameaça contra a pessoa, com fins patrimoniais) tem aumentado e passou a liderar as estatísticas policiais. Todos os delinquentes preferem o caminho mais fácil, o ataque a mão armada.

Muitos apontam o ano de 1. 968 como o da passagem do delinquente habilidoso para o violento, por duas razões; nesse ano que o denominado "Esquadrão da Morte" esteve no auge e que os terroristas começaram a atuar.

O terrorista teria mostrado ao criminoso como assaltar a mão armada e o criminoso comum aprendeu facilmente a lição. A surpresa seria elemento de importância para o êxito do assalto"

E o mestre ao fazer seu trabalho, nos trouxe a certeza inarredável de tal modificação, pois, só nestes oito meses, ou seja, de janeiro a agosto, inclusive, na capital paulista, ocorreram <14> sequestros, muito embora tenha dito a Secretaria de Segurança a imprensa, que todos os casos foram solucionados. Hoje é mais fácil sequestrar um familiar de funcionário de um banco e exigir que ele entregue o dinheiro em determinado ponto, como recentemente ocorreu com na agência Banespa de Vila Formosa, na Capital Paulista.

Diante do pequeno quadro, procurou este subscritor, demonstrar que a impunidade é um elemento essencial, para incentivar e fortalecer o campo criminal. Claro está que inúmeros outros fatores contribuem para o aumento da criminalidade, porém, acredito que a impunidade dentre eles é o que mais se destaca.

#### **IV. BIBLIOGRAFIA**

Inicialmente há que ser esclarecido, que este subscritor, por haver exercido atividades policiais, na Polícia Militar, onde ingressou como Soldado PM, tendo sido promovido a Cabo PM, Sargento PM, posteriormente ingressado, no então Centro de Formações de Oficiais, como Aluno Oficial PM, promovido a Aspirante a Oficial PM, 2º. Tenente PM e 1º. Tenente PM. Por haver ingressado no Ministério Público do Estado de São Paulo, como Promotor de Justiça Substituto, promovido a Promotor de Justiça de 1ª, 2ª e 3ª instância, Promotor de Justiça de Entrância Especial, nesta tendo trabalhado, por mais de dois anos na então Equipe Contra Roubos, Latrocínios e Extorsões e, por

quase oito anos nas Promotorias de Justiça das Execuções **Criminas** da Capital, de onde saiu promovido ao cargo de Procurador de Justiça, atualmente, laborando na Terceira Procuradoria de Justiça, com atribuições em Recursos de "HABEAS **CORPUS**", Mandados de Segurança etc., ousou a buscar apenas dados de sua convivência, na área criminal. Com efeito, e até a propósito, evitou buscar dados, em outros Estados, ou até países, entendendo que cada local tem as suas peculiaridades.

Buscou, como não podia deixar de ser, arrimo nas seguintes obras:

"Nelson **Pizzotti** Mendes, "in" Problemas Atuais da Criminologia, Ed. Resenha Universitária, ed. 1.976;

Damásio Evangelista de Jesus, em sua obra "Direito Penal, vol. I, Saraiva, 1985;

Edgard Magalhães Noronha em sua obra "Direito Penal", Saraiva, ed. 1979;

Código Penal (Parte Geral - arts. 1º a 120) e Lei de Execução Penal - Editora Atlas, edição de 1.984.

Jornal - "O Estado de São Paulo" cfr. indicados e individualizados, em cada citação.

Mapa Estatístico da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, contendo dados de janeiro de 1985 a dezembro, inclusive, de 1.998.

Mapa Estatístico, da Polícia Militar do Estado de São Paulo, elaborado pelo Batalhão Policial Militar, encarregado das escoltas e guardas externas de alguns grandes presídios.

Observação: a presente matéria foi apresenta e aprovada como a Tese nº 75, no 13º Congresso **Nacional** do Ministério Público, realizado nos dias 2619 de outubro de 1.999, na cidade de Curitiba, PR, e ficou constando do Livro de Teses, volume 1, Tomo 2, páginas 523144.

São Paulo, 06 de setembro de 1.999.



## II. O CRIME MILITAR DE DESACATO COMPORTA O *SURSIS*?

*RONALDO JOÃO ROTH - Juiz Auditor da 1ª  
Auditoria Militar do Estado de São Paulo.*

### 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A indagação formulada tem ensejo diante do conflito de leis militares, onde, de um lado, o Código Penal Militar (CPM) não *veda* o benefício da suspensão condicional da pena (*sursis*) para o desacato, muito embora o faça expressamente para outros delitos, especificados no art. 88, enquanto, de outro lado, o Código de Processo Penal Militar (CPPM) *expressamente* veda aquele benefício para o referido delito (art. 617, II, "a").

A matéria toma maior relevo ao se constatar que o *sursis* constitui um verdadeiro direito público subjetivo do condenado e não mera *faculdade* do juiz na aplicação da pena, podendo, inclusive, o benefício ser suprimido mediante *habeas corpus*.

A discrepância legislativa tem como causa o fato de o *sursis* ter aplicação limitada nos crimes que atingem a ordem e a disciplina militares, atendendo-se a recomendação do item 9º da Exposição de Motivos do CPM: "Medida de política criminal de largo alcance é a introdução da suspensão condicional da pena no novo direito penal militar. Embora não seja aplicável em casos que atingem gravemente a ordem e a disciplina militares, a sua aceitação no novo Código se fazia urgente. Ao caráter repressivo da pena impunha-se acrescentar o princípio utilitário da recuperação do criminoso, sem, todavia, lhe executar a pena. Este princípio da recuperação já era, aliás, reconhecido no direito vigente, através do instituto do livramento condicional. O *sursis*, agora adotado no Projeto, longe de ferir o princípio de disciplina, essencial as Forças Armadas, virá estimulá-lo, pela obrigação da conduta exemplar do beneficiado pelo referido instituto".

Pois bem, daí a razão de o próprio legislador expressamente excluir certos crimes da incidência daquele benefício, todavia, ao fazê-lo, quando da histórica incorporação do *sursis* pela legislação militar, em 1969, acabou criando o mencionado conflito.

Causa espécie, que tendo o CPM e o CPPM entrado em vigor na mesma data, o primeiro mediante o Decreto-Lei nº 1.001 e o segundo mediante o Decreto-Lei nº 1.002, ambos datados de 21 de outubro de 1969, tenham trazido tratamento distinto a matéria, parecendo, a primeira vista, que pode ter ocorrido omissão na redação do CPM quanto a previsão do crime de desacato, isso em relação ao estabelecido pelo CPPM, dada a similitude da redação dos dispositivos legais mencionados.<sup>1</sup>

No entanto, num exame mais minucioso desses dois dispositivos legais (art. 88 do CPM e art. 617, II, "a", do CPPM) verificamos que o CPPM também vedou o sursis ao crime de insubmissão, fato este igualmente não previsto no CPM, o que nos leva aparentemente a concluir que o legislador realmente foi mais cuidadoso nessa matéria no CPPM do que no CPM.

Sobre a questão relativa a insubmissão, *Célio Lobão* afirma que a vedação do sursis "se justifica pela espécie da pena **cominada** ao crime: a de impedimento".<sup>2</sup>

Mas, é de se reconhecer que a impropriedade do CPPM, no artigo sob comento, é manifesta em pelo menos dois pontos, ou seja, o CPPM foi impreciso ao vedar a aplicação do sursis para o gênero e não para a espécie de desacato, e, ainda, pela desnecessidade de excepcionar crimes cuja *pena* não permita aquele *benefício*. Se não, vejamos.

Quanto ao primeiro ponto, o crime de desacato no CPM está previsto no Capítulo I, do Título VII, Dos crimes contra a Administração Militar, havendo três espécies de crime de desacato: a do desacato a

---

<sup>1</sup> Os dispositivos legais em conflito estão assim redigidos: no CPM: "art. 88. A suspensão condicional da pena não se aplica: (...); II - em tempo de paz: a) por crime contra a segurança nacional, de aliciação e incitamento, de violência contra superior, oficial de dia, de serviço ou de quarto, sentinela, vigia ou plantão, de desrespeito a superior, de insubordinação, ou de deserção; b) pelos crimes previstos nos arts. 160, 161, 235, 291 e seu parágrafo único, I a IV"; e no CPPM: "art. 617. A suspensão condicional da pena não se aplica: (...); II - em tempo de paz: a) por crime contra a segurança nacional, de aliciação e incitamento, de violência contra superior, oficial de serviço, sentinela, vigia ou plantão, de desrespeito a superior e desacato, de insubordinação, insubmissão ou de deserção; b) pelos crimes previstos nos arts. 160, 161, 235, 291 e parágrafo Único, I a IV, do Código Penal Militar". (grifo do autor)

<sup>2</sup> Direito Penal Militar, p. 314.

superior (art. 298), a do desacato a militar (art. 299) e a do desacato a assemelhado ou funcionário (art. 300).

Assim, cabível a seguinte pergunta: Como a vedação do CPPM ao *sursis* diz respeito ao desacato, ela estende-se aos três crimes de desacato ou não?

Entendo que não. Como estatui o próprio CPM, o *sursis não deve ser aplicado em casos que atingem gravemente a ordem e a disciplina militares*. Considerando que *a ordem e a disciplina militares* estão diretamente relacionadas a combinação de dois fatores: *o agente militar ativo do crime e a Instituição militar*, e havendo possibilidade de o crime de desacato ser praticado por *agente civil*, nas hipóteses dos artigos 299 e 300 daquele *Codex*, não haveria o porquê da vedação daquele *benefício nesses casos*, o que, se acontecesse, desatenderia a recomendação feita pelo próprio CPM, porque nos dois casos mencionados não está caracterizado o atentado *grave* a ordem e disciplina militares.

Desse modo, se o legislador não se expressou bem, diante da técnica da legislação militar, ao tratar do gênero *desacato*, não há o intérprete de estender a vedação do *sursis* as *três espécies de crime militar de desacato*, pois a interpretação da lei penal é estrita e não extensiva, *in casu*, consoante observância da melhor doutrina.

Finalmente, a vedação do *sursis* ao crime de desacato, como quis o CPPM, deveria distinguir aquela restrição unicamente ao crime de *desacato a superior*. Nesse sentido, invocamos novamente a lição de *Célio Lobão*, que, ao comentar o delito do artigo 298 do CPM, afirma: "Ao sentenciado pelo crime de desacato a superior não se concede o benefício da suspensão condicional da pena, em conformidade com o disposto no art. 617, II, a, do CPPM".<sup>3</sup>

Quanto ao segundo ponto, outra impropriedade verificada no CPPM é a desnecessidade de excepcionar a vedação da aplicação do *sursis* para os crimes apenados por outra pena que não a privativa de liberdade. O próprio CPM não deixa qualquer dúvida ao prever a hipótese de aplicação do benefício, restringindo-o as penas de *detenção* ou *reclusão* não superiores a dois anos (art. 84).

Desse modo, o CPPM, ao prever que o *sursis* não se aplica a *insubmissão* (art. 617, II, "a", do CPPM), cuja pena é de *impedimento*, e

---

<sup>3</sup> Op. Cit., p. 185.

ao não prever a discriminação de outros delitos cuja pena não seja a de *privação da* liberdade, como, por exemplo, o do exercício de comércio por oficial (art. 204 do CPM), **cuja**s penas são a suspensão do exercício do posto e reforma, evidencia a deficiência técnica usada na redação daquele dispositivo legal, pois com a omissão destes delitos, poderia levar, a priori, o intérprete a vislumbrar o cabimento do benefício do sursis aos mesmos, o que estaria colidindo com o enunciado do CPM, já aludido, tornando essa interpretação **desarrazoada**.

## 2. DESENVOLVIMENTO

A matéria do sursis vem disciplinada nos dois Codex castrenses (CPM e CPPM) e em alguns pontos até de maneira repetitiva, logo, deve o intérprete distinguir a incidência de um e do outro na matéria analisada.

Pois bem, um bom começo para isso é atentar-se para a prevalência da matéria num Codex do que noutro, ou seja, cabe indiscutivelmente ao CPM a definição quanto a previsão das penas, sua aplicação e quando devem ser suspensas (sursis); enquanto ao CPPM cabe cuidar dos incidentes de execução, fazendo o papel da "Lei de Execução Penal castrense".

Do mesmo modo em que há o processo de conhecimento, para o qual voltam-se dispositivos dos dois Codex castrenses, há o processo de execução, cuja aplicação de determinados dispositivos são específicos do CPPM, logo, na questão sub *visu* cabe ao juiz do conhecimento decidir sobre o cabimento do sursis, aplicando as normas a ele reservadas.

E tal distinção é certa ao verificarmos a localização da *epígrafe* da matéria em que está disciplinado o sursis naqueles Diplomas legais. No CPM, a matéria está prevista na Parte Geral, Título V, Das Penas Principais, Capítulo III, Da Suspensão Condicional da Pena (art. 84/88). No CPPM, a matéria é prevista no Livro IV, Da Execução, Título II, Dos Incidentes de Execução, Capítulo I, Da Suspensão Condicional da Pena (arts. 606/617).

Portanto, do conflito apontado sobre as normas de aplicação do sursis no crime de desacato, essa exegese permite a dedução do sentido e do alcance da disciplina legal do CPM, que incide autorizando a

aplicação daquele benefício, como regra de hermenêutica a auxiliar o intérprete, afastando o desacerto do CPPM nessa questão, que deveria, quando muito, apenas repetir o que o CPM estabeleceu, não contrariá-lo.

Nesse sentido, vale a lição de *Carlos Maximiliano*: "Deve-se presumir ser a epígrafe oportuna, expressiva, regular; na falta de argumento sólido em contrário, admite-se que apenas compreende o objeto exato da norma, e, portanto, serve para deduzir o sentido e o alcance desta. (...) *Influi*, para a interpretação e aplicabilidade, o lugar em que um trecho está colocado".<sup>4</sup>

Sob outro enfoque, o conflito instalado resolve-se, outrossim, pelo *princípio da especialização* – pela aplicação da regra: *lex specialis derogat legi generali* (A lei especial **derroga** a lei geral) -, princípio este em que "uma norma penal incriminadora é especial a outra, geral, quando possui em sua definição legal todos os elementos típicos desta, e mais alguns, de natureza objetiva e subjetiva, denominados *especializantes*, apresentando, por isso, um *minus* ou um *plus* de severidade".<sup>5</sup> No caso em questão, o CPM, que disciplina as normas penais, é especial em relação ao CPPM.

**Conseqüentemente**, no caso concreto, há de prevalecer a regra do CPM, a qual, silenciando sobre o desacato, permite-nos invocar o cabimento da aplicação do brocardo: *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* (Quando a lei quis, determinou; sobre o que não quis, guardou silêncio).

Mas, do conflito estabelecido, em que o intérprete tem diante de si *um mandamento legal autorizativo* de aplicação do *sursis* para o crime de desacato – em qualquer de suas espécies, pois o CPM deixou de excepcionar a vedação, cabendo, portanto, a aplicação da regra: *Permittitur quod non prohibetur* (presume-se permitido tudo aquilo que a lei não proíbe) –, e um mandamento legal proibitivo para o mesmo caso, previsto pelo CPPM, há de se reconhecer *outro princípio* que poderá socorrer o intérprete diante dessa dúvida, o princípio do *in dubio pro reo* (na dúvida, a favor do réu).

Hoje, esse princípio tem aplicação abrangente, não se limitando a solução nos casos de prova dúbia no processo penal, mas deve a lei mais favorável ser a alternativa escolhida, no caso de conflito de leis, onde há

---

<sup>4</sup> **Hermenêutica e aplicação do Direito**, p. 2661267.

<sup>5</sup> *Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal*, p. 94195.

ensejo para aplicação da máxima: *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda* (amplie-se o favorável, restrinja-se o odioso).

Sobre o tema, **Jorge Alberto Romeiro** pontifica: “É a extensão, no espaçoso campo da interpretação das leis penais, do princípio *in dubio pro reo*, que, nos dias correntes, não mais se limita a atuar no âmbito estreitíssimo da apreciação das provas de um crime atribuído a **alguém**”.<sup>6</sup>

Para **Damásio Evangelista de Jesus**, que entende pela aplicação do princípio do *in dubio pro reo* em matéria de interpretação da lei penal: “Os sistemas de interpretação não constituem fórmulas mágicas capazes de dissipar todas as dúvidas surgidas no entendimento dos textos. Como diz Alípio Silveira, existem casos rebeldes, nos quais, apesar de inteligente aplicação dos métodos interpretativos, permanecem dúvidas insolúveis. Que fazer quando, apesar do trabalho hermenêutico, mediante cuidadosa interpretação literal e lógica, persiste dúvida quanto a vontade da norma?

(...) A questão **deve** ser resolvida da forma mais favorável ao agente. Em outros termos, *se a vontade da lei não se torna nítida, se não chegar o juiz a saber se a lei quis isso ou aquilo, ou se nem ao menos consegue determinar o que ela pretendeu, deverá seguir a interpretação mais favorável ao réu* (desde que usados todos os meios interpretativos). Mas, para isso, é de indeclinável necessidade a pesquisa prévia do juiz ou do intérprete”.<sup>7</sup>

Mas, a questão ainda suscita *outra* incursão ao método cabível para a solução buscada neste trabalho, qual seja a *construção jurisprudencial de nossas cortes de Justiça Militar*, recomendada pelo item 4º da Exposição de Motivos do CPM.

**Jorge Alberto Romeiro**, adotando a jurisprudência e o costume como fontes *mediatas* ou *secundárias* do Direito Penal Militar, lembra, nesse passo, que: “*Tudex lex loquens. O juiz é a lei que fala. Provérbio latino esse que o nosso caipira, maliciosamente, assim costuma traduzir: 'Leis sereis o que os juízes quereis...'*”.<sup>8</sup>

Diz ainda o referido autor: “Tanto o costume como a *jurisprudência*, esta através de construções denominadas pretorianas,

---

<sup>6</sup> Curso de Direito Penal Militar, p. 21.

<sup>7</sup> Op. Cit., p. 37.

<sup>8</sup> Op. Cit., p. 17.

supralegais, podem atenuar penas, excluir a culpabilidade, a ilicitude penal, e até ensejar o desuso de normas legais (*desuetudo*)”.<sup>9</sup>

A jurisprudência, que constitui a repetição constante de decisões no mesmo sentido em casos idênticos, não é fonte do Direito Penal, todavia, constitui-se forma de procedimento interpretativo, que alguns entendem que acaba sendo um costume e este é fonte formal secundária.<sup>10</sup>

Como ensina Damásio E. de Jesus: "Não se pode negar valor a jurisprudência. Ela se forma no trabalho exegético dos juízes e tribunais, no exercício da função jurisdicional. Interpretando e aplicando o direito ao caso concreto, de maneira constante e uniforme, o trabalho dos tribunais tem relevância para os juízes de instância inferior. Se uma orientação é adotada seguidamente pelos magistrados superiores, presume-se que seja a mais acertada. Mas, dizer daí que é fonte formal, vai grande distância. Se por fonte formal se entende a maneira de exteriorização da norma penal, é evidente que a jurisprudência não apresenta essa característica".<sup>11</sup>

E, sobre o *sursis* no crime de desacato, o Superior Tribunal Militar decidiu que, só o CPPM referindo-se a ele e não o CPM, deve este prevalecer, também por ser mais favorável ao réu, conforme Apelação nº 46.359-3-CE, Relator Min. Almirante de Esquadra Luiz Leal *Ferreira* e Relator para o acórdão Min. Doutor Paulo César Cataloo. Ementa: "Desacato a superior... Sursis. Ainda que o CPPM vede a concessão do benefício a Agente de Desacato (art. 617, II, a) tal veto não consta de elenco exaustivo do CPM (art. 88, II, a). Colidentes os diplomas no particular, dá-se prevalência ao substantivo – inclusive porque mais benéfico ao Réu. Apelo parcialmente provido para redução da pena e concessão do sursis. Decisão majoritária (DJU, 27-4-1992, p. 5538)".<sup>12</sup>

No Estado de São Paulo, a Justiça Militar também já se pronunciou sobre a matéria, decidindo igualmente pela prevalência do CPM sobre o CPPM, em processos julgados na 1ª Auditoria Militar, todos do juiz-auditor Roth: Processo nº 11.232/95, Processo 28.555/00 (Apelação nº 5.037/01, relator juiz Avivaldi Nogueira), Processo 25.763/99 (Apelação nº 5070/02, ainda sem relator designado), e o Processo nº 30.097/01

---

<sup>9</sup> Op. Cit., p. 15.

<sup>10</sup> Damásio Evangelista de Jesus, op. cit., p. 25.

<sup>11</sup> Op. Cit., p. 25.

<sup>12</sup> Jorge Alberto Romeiro, Op. Cit., p. 205.

(com apelação defensiva se processando), estando estes três últimos aguardando o julgamento dos respectivos recursos.

A propósito, assim está consignado na r. Sentença do *primeiro* processo acima, que condenou o réu por desacato a superior (art. 298 *caput* do CPM): “(...) *Muito embora o artigo 88 do Código Penal Militar não vede a aplicação da suspensão condicional da pena, o artigo 617, II, letra “a”, do Código de Processo Penal Militar a impede, mas é certo que diante desse conflito aparente de normas deve prevalecer a regra da Lei Substantiva, pois a suspensão condicional da pena é tema do Direito Penal*”.

### 3. CONCLUSÃO

O tema formulado constitui-se de grande importância aos operadores do Direito militar e envolve o *status libertatis* do cidadão, jurisdicionado da Justiça Castrense, o qual, após condenado definitivamente, pode, nos estreitos limites legais, vir a beneficiar-se com o *sursis*.

Dessa forma, apontou-se o tratamento distinto dado pelo CPM e pelo CPPM ao crime de desacato, formando-se verdadeiro conflito de normas.

Demonstrou-se a impropriedade do CPPM ao tratar da inserção do crime militar de desacato dentre o rol de proibições aqueles em que é vedado o *sursis*, devendo prevalecer nesta matéria a disciplina autorizativa daquele benefício dada pelo CPM para o caso concreto.

Consistindo o tema em concurso aparente de normas, demonstrou-se mais de um método para a solução da questão, tendo como ponto comum a adoção do CPM para resolvê-la.

Assim, tanto a demonstração do desacerto do legislador na previsão da matéria, quanto a especialização do CPM em relação ao CPPM, bem como a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, culminando, ao final, pela inteligência da interpretação jurisprudencial, não se deixou dúvida de que *andou mal o legislador na disciplina da matéria no CPPM*; todavia, tal desvio não deve resultar prejuízo aquele que venha a ser condenado pelo crime de desacato, em quaisquer de suas modalidades, quanto a fazer jus a aplicação do benefício do *sursis*, pois, surge aqui o

papel imprescindível do intérprete, dentre os quais o magistrado, do qual se espera que seja o exemplo maior quando de sua atuação jurisdicional.

É por isso que para a aplicação do Direito há a exigência de que o magistrado tenha sensibilidade e não tenha resistência ao trabalho interpretatório, pois é por meio deste que *a aplicação da lei se torna justa*, havendo a necessidade de que o trabalho do legislador e do magistrado voltem-se para aquele ideal.

É por isso que *Carlos Maximiliano* vaticina: "*Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender; as palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal a representação, empresta as cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil a sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social*".<sup>13</sup>

Desse modo, é de se concluir o acerto dos precedentes judiciais trazidos a colação, tornando segura *a aplicação do CPM, ao estatuir o direito do benefício do sursis ao condenado pelo crime de desacato, nos termos legais*, fato esse que evidencia como concreto o trabalho corretivo da lei e, mais uma vez, permite a citação da ensinança de *Carlos Maximiliano*, de que: "*é o magistrado, em escala reduzida, um sociólogo em ação, um moralista em exercício; pois a ele incumbe vigiar pela observância das normas reguladoras da coexistência humana, prevenir e punir as transgressões das mesmas*".<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Op. Cit., p. 59.

<sup>14</sup> Op. Cit., p. 60.

#### **4. BIBLIOGRAFIA**

**LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1999.**

**MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. São Paulo: Forense, 2000.**

**JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. Parte Geral. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 1985.**

**ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1994.**

**São Paulo, 11 de outubro de 2002.**

### III. DEMISSÃO E EXPULSÃO - APLICAÇÃO IMEDIATA DE SANÇÕES ADMINISTRATIVO-DISCIPLINARES PELA AUTORIDADE COMPETENTE, NO QUE RESPEITA A ESTAR ELA OCUPANDO O ÁPICE DA PIRÂMIDE ORGANIZACIONAL

*ROBERTO BOTELHO - Capitão na Polícia Militar do Estado de São Paulo; Bacharel em Ciências Jurídicas - Direito, pelas Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU; Mestre e Doutorando em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP e Professor de Direito Administrativo na Academia de Polícia Militar do Barro Branco - APMBB; no Centro de Aperfeiçoamento e Estudos Superiores - CAES; na Faculdade de Direito, da Universidade de Santo Amaro - UNISA; na Central de Cursos, da Fundação Armando Álvares Penteado - FAAP e na FUNDACE/FEA, da Universidade de São Paulo - USP.*

O nosso objetivo é, a partir daqui, o de proceder a uma abordagem panorâmica em assunto que, em que pese ser tormentoso, é, de certo modo, extremamente apaixonante, haja vista que em nossa Instituição – a Polícia Militar do Estado de São Paulo, a hierarquia e a disciplina são muito mais evidentes, operando verdadeiros dogmas e fazendo integrar, inclusive, parte de nossa cultura e que, por via de conseqüência, transparecem com maior intensidade e efetividade, do que em outros Órgãos Públicos que compõem o próprio Estado, enquanto pessoa jurídica de Direito Público.

Há de se lembrar inclusive que, por força de Emenda Constitucional n.º 18, de 5 de fevereiro de 1998, inseriu-se nova redação ao art. 42, do Texto Supremo federal de 5 de outubro de 1988, contemplando, dessa forma e como base organizacional, a hierarquia e a disciplina, nos exatos e seguintes termos:

*“Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e*

*disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios".*

Em assim sendo, é que procuraremos discorrer, de forma sucinta e objetiva, sobre as principais normas de regência e que fornecem os instrumentos necessários e indispensáveis a nossa Instituição, para que possamos, então, deles conhecer e, de forma direta, fornecer supedâneo jurídico suficiente e necessário para quando depararmos com um caso específico, podermos, efetivamente, oferecer assessoramento seguro a autoridade competente – que, no caso específico será Sua Excelência, o Senhor Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo e que estará, certamente, por adotar e proceder a aplicação de uma decisão capital, ou seja, uma das necessárias e vinculadas sanções **administrativo-disciplinares**: a de demissão ou a de expulsão ao militar do Estado, que fora submetido ao processo administrativo competente donde, sem sombra de dúvidas, lhe foi garantido e observado, – dentro dele, ou seja: do *"due process of law"* –, o contraditório e a ampla defesa, por força, inclusive, do próprio princípio da legalidade.

Para iniciar, então, é que buscamos apoio jurídico-doutrinário em MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, sendo certo averbar que processo administrativo é

“... usado como **sinônimo** de processo disciplinar, pelo qual se apuram as infrações administrativas e se punem os infratores; nesse sentido é empregado no artigo 41, § 1º, da Constituição Federal, quando diz que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;”<sup>1</sup>

A guisa de citação e para que possamos colacioná-los, foi que constatamos que tais dispositivos estão, todos eles, relacionados no próprio Texto Constitucional de 5 de outubro de 1988, na seguinte conformidade, senão vejamos:

*"Art. 5º. ...*

*...*

*LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*

---

<sup>1</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 13ª ed., fechamento desta edição: 13-9-00, São Paulo, Editora Atlas S/A., 2001, p. 493-494.

*LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recurso a ela inerentes;*

...  
**Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:**<sup>2</sup>

Em assim sendo é que fomos buscar, então e de imediato, no próprio Decreto-lei estadual nº 260, de 29 de maio de 1970, que dispõe sobre a inatividade dos componentes da Polícia Militar do Estado de São Paulo, excertos que tratavam e se relacionavam, diretamente, com os institutos administrativos que estão objeto deste nosso estudo, para que possamos, com esse proceder, discorrer e ao final, poder oferecer uma conclusão e uma sugestão-proposta, no que respeita a imediata aplicação das sanções administrativo-disciplinares capitais, ou seja, a de demissão e a de expulsão.

Dessa forma, merecem apontamentos, de maneira direta, os incs. V e VI, do art. 3º, que se limitavam, apenas e tão-somente, a proceder a citação das respectivas sanções administrativo-disciplinares, na seguinte e específica conformidade:

**“Art. 3º. O policial-militar passa a situação de inatividade mediante:**

...  
**V – demissão;**  
**VI – expulsão;**

Na seqüência, ainda no Decreto-lei estadual n.º 260170, fomos buscar o detalhamento dessas sanções e, no que diz respeito a demissão, existia sim, uma séria divisão, quando ela estava por ser aplicada aos Oficiais e aos Praças; porém, será de nosso interesse específico e imediato, para o que **estamos** nos propondo, aquela que era a aplicada a esses últimos, ou seja, aos Praças da Polícia Militar do Estado de São Paulo, tendo em vista que, quando se tratar de Oficiais, há hoje,

---

<sup>2</sup> Artigo modificado, em sua redação original, sendo acrescentando o princípio da eficiência, que entendemos ser, em realidade, um dever do Estado; porém, quis o Legislador federal introduzir este dever, dando-lhe “status” de princípio, tudo por força da Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998.

seguramente, um forte regramento constitucional e específico a respeito da aplicação da referida sanção administrativo-disciplinar.

Então e com esse proceder, era o próprio art. 45 e seus incisos que assim especificavam:

*“Art. 45. A demissão da Praça ocorrerá:*

*I – quando condenada, por sentença passada em julgado, a pena restritiva de liberdade por tempo superior a 2 (dois) anos;*

*II – quando condenada, por sentença passada em julgado, a pena de perda da **função pública**;*

*III – pela prática de ato que revele incompatibilidade com a **função policial-militar**, mediante processo regular;*

*IV – quando permanecer por 3 (três) anos consecutivos no mau comportamento, apurado mediante processo regular;*

*V – depois do cumprimento da pena conseqüente do crime de deserção;*

*VI – quando considerado **desertor**, e capturado ou apresentado, tendo sido submetido a exame de saúde, for julgado incapaz definitivamente para o serviço policial-militar”.*

Aqui estavam presentes e colacionadas, então, as circunstâncias específicas e que levariam Sua Excelência, o Senhor Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo, naquela oportunidade, a aplicação de sanção administrativo-disciplinar capital – a demissão de Praça PM –, toda vez que ele se enquadrasse em um dos incisos relacionados naquele artigo.

Era, também, no artigo subsequente, ou seja, no art. 46 e seus incisos, que havia a contemplação da expulsão do Praça, nos seguintes e exatos termos:

*“Art. 46. A expulsão da Praça ocorrerá, mediante processo regular:*

*I – se atentar contra a segurança das instituições nacionais;*

*II – se praticar atos desonrosos ou ofensivos ao decoro **profissional”.***

Notem que, se por acaso, não bastassem a forma e a força expressadas nos artigos e incisos transcritos, por força da ordem expressada pelo verbo – ocorrerá –, vinha, também e naquela oportunidade, um comandamento claro, preciso e objetivo, conferindo uma faculdade a Administração Pública estadual, na pessoa de Sua

Excelência, o **Senhor** Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo, decorrente de atribuição discricionária, visto o que estava inserto, textualmente, no "caput", do art. 47:

*"A Praça com menos de 10 (dez) anos de efetivo serviço poderá ser demitida ou expulsa, por ato justificado do Comandante Geral".*

Agora, por força de regramento trazido que foi por intermédio da Lei Complementar estadual n.º 893, de 9 de março de 2001 e que instituiu o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, os institutos da demissão e da expulsão obtiveram novo disciplinamento e que, por ser o nosso objeto principal, procederemos, então, a sua citação, bem como poderemos, inclusive, oferecer **comentos** a respeito de suas aplicações.

Começamos, portanto, apontando as sanções **administrativo-disciplinares**, oferecendo grifo naquelas que nos interessam e que estão nos incs., do art. 14, do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, bem como a regra **trazida** por seu parágrafo único, nos seguintes termos:

*"Art. 14. As sanções disciplinares aplicáveis aos militares do Estado, independentemente do posto, graduação ou função que ocupem, são:*

*I - advertência;*

*II - repreensão;*

*III - permanência disciplinar;*

*IV - detenção;*

*V - reforma administrativa disciplinar;*

*VI - demissão;*

*VII - expulsão;*

*VIII - proibição do uso do uniforme.*

*Parágrafo único. Todo fato que constituir transgressão deverá ser levado ao conhecimento da autoridade competente para as providências disciplinares".*

Vê-se, portanto, que o próprio Legislador Complementar estadual fixou, no parágrafo único, que está acima transcrito, certo e específico comportamento, haja vista, inclusive, a própria forma demonstrada pelo verbo que faz parte deste dispositivo - *deverá* -, onde se constata um comandamento vinculado e, então, de molde algum, poderá e nem deverá o administrador público, no exercício de atividade administrativa, dele se afastar, sob pena de **sofrer** as respectivas responsabilizações, em todas as

esferas que o próprio Direito admite, sem que haja, inclusive, a ocorrência da figura do "non bis in idem".

Ato contínuo é que fomos a demissão, que está assentada no art. 22, incs., letras e parágrafo único, da Lei Complementar estadual n.º 893, de 9 de março de 2001:

*"Art. 23. A demissão será aplicada ao militar do Estado na seguinte forma:*

*I – ao oficial quando:*

*a) for condenado apenas restritiva de liberdade superior a 2 (dois) anos, por sentença passada em julgado;*

*b) for condenado a pena de perda da função pública, por sentença passada em julgado;*

*c) for considerado moral ou profissionalmente inidôneo para a promoção ou revelar incompatibilidade para o exercício da função policial-militar, por sentença passada em julgado no tribunal competente.*

*II – a praça quando:*

*a) for condenada, por sentença passada em julgado, a pena restritiva de liberdade por tempo superior a 2 (dois) anos;*

*b) for condenada, por sentença passada em julgado, a pena de perda da função pública;*

*c) praticar ato ou atos que revelem incompatibilidade com a função policial-militar, comprovado mediante processo regular;*

*d) cometer transgressão disciplinar grave, estando há mais de 2 (dois) anos consecutivos ou 4 (quatro) anos alternados no mau comportamento, apurado mediante processo regular;*

*e) houver cumprido a pena conseqüente do crime de deserção;*

*f) considerada desertora e capturada ou apresentada, tendo sido submetida a exame de saúde, for julgada incapaz definitivamente para o serviço policial-militar.*

*Parágrafo único. O oficial demitido perderá o posto e a patente, e a praça, a graduação".*

Cabe-nos apontar aqui, em que pese, como já afirmamos alhures, não ser o objeto desse nosso estudo, o tratamento que foi dispensado pelo Legislador Constituinte Originário estadual, ao Oficial da Força Pública do Estado, quando tiver de submetê-lo as referidas sanções administrativo-disciplinares.

Para tanto e por ser oportuno e, ainda, para que possamos estabelecer e esclarecer algo que decorre da forma federativa de Estado é que traremos o inserto nos Textos Constitucionais, federal e estadual e que trataram sobre a aplicação das referidas sanções aos Oficiais das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares.

Então, há de se destacar que foi a Emenda Constitucional n.º 18, de 5 de fevereiro de 1998, quem inseriu alteração substancial ao antigo art. 42 e seus §§, do Texto Magno federal de 5 de outubro de 1988, haja vista que demonstrava, aquela época, a "*vontade*" do Legislador Constituinte Originário federal, sendo certo que é o seu atual § 1º, quem estabelece a regra de aplicação de sanção aos militares do Estado, além de outros dispositivos, o previsto nos incisos, do § 3º, do art. 142.

No § 3º, do art. 142, interessa-nos o comportamento alterado e previsto pelos incs. VI e VII:

"VI – o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

*VII – o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;"*

Agora, é na Constituição do Estado de São Paulo de 5 de outubro de 1989, que buscamos destacar o inserto pelo § 1º, do art. 81, tendo em vista ser ele quem trata sobre a competência do Tribunal de Justiça Militar, do Estado de São Paulo, para a aplicação de sanção específica e mais, que se consumará após a sua manifestação, expressada que deverá ser por meio de r. Sentença, com o trânsito em julgado:

*"Compete ainda ao Tribunal exercer a correição geral sobre as atividades de Polícia Judiciária Militar, bem como decidir sobre a perda do posto e da patente dos Oficiais e da graduação das praças".*

Ainda, há disciplinamento, no mesmo sentido, nos §§ 4º e 5º, do art. 138, da Carta Política estadual de 5 de outubro de 1989, nos exatos e específicos termos:

*"§ 4º O oficial da Polícia Militar só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do Oficialato ou com ele incompatível, por decisão do Tribunal de Justiça Militar do Estado.*

*§ 5º O oficial condenado na Justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no parágrafo anterior".*

Há de se trazer a colação, no mais, que o ato administrativo é que consumará, efetivamente, a manifestação de vontade expressada pelo r. Juízo Militar estadual, ou seja, pelo próprio Egrégio Tribunal de Justiça Militar, do Estado de São Paulo, será de atribuição conferida a Sua Excelência, o Senhor Governador do Estado, esta por meio de providenciamentos administrativos efetivados pela sua Secretaria de Estado dos Negócios da Segurança Pública, haja vista o previsto na parte final, do § 1º, do art. 42, da Constituição da República Federativa do Brasil, alterado que está, por força da Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, nos exatos termos:

*"Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º, do art. 40, § 9º, e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos Governadores".*

Há de se fazer referência, também, ao estatuído pelo § 1º, do art. 138, da Constituição do Estado de São Paulo de 5 de outubro de 1989, haja vista que ela prevê, no que couber, a aplicação aos militares do Estado, do que está disposto pelo art. 42, da Constituição da República Federativa do Brasil, ao qual já nos referimos.

Como já assentamos, a sanção administrativo-disciplinar capital a ser aplicada aos Oficiais das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados e do Distrito Federal, rege-se, na forma do expressado, pelos seus respectivos Textos Magnos, estaduais e distrital.

Após, fomos nós então, a sanção administrativo-disciplinar de expulsão, que tem sua previsão legal no art. 24:

*"Art. 24. A expulsão será aplicada, mediante processo regular, a praça que atentar contra a segurança das instituições nacionais ou praticar atos desonrosos ou ofensivos ao decoro profissional".*

Pelo que se permitiu inserir neste artigo, o próprio Legislador Complementar estadual nos forneceu entendimento preciso e seguro, de que não tem guarida a aplicação dessa – expulsão – sanção aos Oficiais das Força Pública paulista.

Portanto e por essa razão, cabe-nos destacar que já está havendo entendimento administrativo de que a sanção de expulsão, portanto, não se aplicará aos Oficiais de nossa Milícia Bandeirante.

Note-se que há necessidade premente, para que possamos entender a repercussão da aplicação dessas sanções administrativo-disciplinares capitais, o seu real significado e, para tanto, é que fomos buscar nos excertos dicionarizados, bem como os doutrinários.

Para DE PLÁCIDO E SILVA, a demissão é

*“... Vulgarmente, no entanto, é tomado na acepção que lhe empresta o Direito Administrativo, para indicar a demissão do cargo ou a demissão da função: é ato pelo qual o empregado ou funcionário é dispensado de suas funções, sendo desligado do quadro de funcionários a que pertence. ... E pode ser por ordem ou determinação superior, ... ou porque ocorre culpa sua, em que a demissão é a penalidade imposta”.<sup>3</sup>*

Sequencialmente, vem-nos a manifestação, sempre preciosa, de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO averbando que:

*“A demissão é pena disciplinar, que exclui o servidor do serviço público, não importando seu grau de estabilidade. É ato vinculado, regulado na Constituição e nos estatutos, que poderá ser decretado pela Administração, mediante processo administrativo, em que seja assegurado ao servidor ampla defesa, ou decretado pelo Poder Judiciário, também em processo judicial regular”.<sup>4</sup>*

Então e dessa forma, consegue-se perceber que a demissão é sanção administrativo-disciplinar capital, que será veiculada, que será exteriorizada por intermédio de um ato administrativo vinculado, donde o administrador público não possuirá qualquer espécime ou possibilidade de escolha, no que respeita a sua aplicação, ou seja, a norma de Direito lhe oferece e fornece comportamento único, bem delineado e, dessa forma, não lhe é facultando opção, ou seja, qualquer tipo de escolha, por menor que possa ser.

Estão, também, na mesma linha de raciocínio, os ensinamentos precisos e preciosos de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, que, sempre

---

<sup>3</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15ª ed., rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999, p. 249.

<sup>4</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo – Parte introdutória. Parte geral. Parte especial*. 12ª ed., totalmente rev.; ampl. e atual, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001, p. 305.

com **acurada** visão e maestria, dispara, de forma certa, fornecendo efetiva robustez ao que **estamos** dissertando, senão vejamos:

*"Demissão, como está a palavra a dizer, é ato administrativo constitutivo cuja finalidade é o desligamento do funcionário estável, após regular inquérito administrativo ou procedimento judicial, tendo por motivo o cometimento de **infrações tipificadas** como graves".*<sup>5</sup>

Sobre os atos administrativos constitutivos é CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO quem nos fornece entendimento lapidar, nos exatos e específicos termos, como sendo:

*"... os que fazem nascer uma situação jurídica, seja produzindo-a originariamente, seja extinguindo ou modificando situação anterior. Exemplo: uma autorização para exploração de jazida; a demissão de um funcionário".*<sup>15</sup>

No que diz respeito a expulsão, é DE PLÁCIDO E SILVA quem nos especifica, esclarecendo que:

*"Do latim *expulsione*, de *expellere* (lançar para fora, repelir, expulsar), **significa** a ação de fazer sair uma pessoa, pela força, ou sob constrangimento, do lugar em que se encontra".*<sup>6</sup>

Ora, na forma como **estamos** demonstrando, vemos que a doutrina pátria é maciça e, não bastasse, pacífica, quanto aos institutos administrativos capitais que **estamos** aqui abordando.

Portanto, foi que procuramos fixar, *"ab initio"*, alguns entendimentos sobre a questão e, então, constatamos que esta atribuição administrativa está aqui assegurada e de forma soberba, a Sua Excelência, o Senhor Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo, no que diz respeito a aplicação da demissão e da expulsão do Praça da Polícia Militar do Estado de São Paulo, sendo certo que elas são, sem sombra de dúvidas, espécimes de sanções **administrativo-disciplinares**, ambas capitais.

Então, para dar continuidade, é que fomos até a Lei estadual nº 616, de 17 de dezembro de 1974, que dispõe sobre a organização básica

---

<sup>5</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p.385.

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed., rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional 31, de 14.12.2000, São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p.379.

<sup>6</sup> SILVA, De Plácido e, op. cit., p. 340.

da Polícia Militar do Estado de São Paulo, alterada como está, pelas Leis, também estaduais, de n.ºs 663, de 2 de setembro de 1975 e 735, de 3 de novembro de 1975, para lá buscar e proceder a retirada de alguns artigos que nos interessam para, então, podermos oferecer base segura ao nosso estudo.

São, portanto, o inserto pelo art. 10 e seus incisos, que prevêm os seguintes comportamentos:

***“Art. 10. Os órgãos de direção compõem o Comando Geral da Corporação que compreende:***

***I – o Comandante-Geral;***

***II – o Estado-Maior, como órgão de direção geral;***

***III – as diretorias, como órgãos de direção setorial;***

***IV – a Ajudância Geral, órgão que atende as necessidades de material e de pessoal do Comando Geral;***

***V – Comissões;***

***VI – Assessorias;***

***VII – Consultoria Jurídica”.***

Ora, está aqui muito bem expressado que, por esta previsão legal e que tratou sobre a organização da Polícia Militar do Estado de São Paulo, será, sem sombra de dúvidas, Sua Excelência, o Senhor Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo, a figura indelével, enquanto representante direito do órgão de direção.

Temos, também, dando guarida ao que **estamos** afiançando, o próprio Decreto federal n.º 88.777, de 30 de setembro de 1983, que aprovou o Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200), que, em seu art. 10, também estabelece:

“Os Comandantes-Gerais das Polícias Militares são os responsáveis, em nível de Administração Direta, perante os Governadores das respectivas Unidades Federativas, pela administração e emprego da Corporação”.

Vê-se, por intermédio deste ato infralegal ou sublegal, que ele procurou e se preocupou, exatamente, em fixar ao Comandante-Geral das Milícias estaduais, a atribuição—específica de administração de sua Organização, no que se refere ao seu emprego, bem como a sua própria administração.

Tirante esses comentários e excertos, até aqui trazidos a colação, temos de buscar, então, na Constituição do Estado de São Paulo de 5 de

outubro de 1989, o “*caput*”, do art. 141, bem como o seu § 1º, que estabeleceram o seguinte **comandamento**:

*"Art. 141. A Polícia Militar, órgão permanente, incumbem, além das atribuições definidas em lei, a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública.*

*§ 1º O Comandante-Geral da Polícia Militar será nomeado pelo Governador do Estado dentre oficiais da ativa, ocupantes do último posto do Quadro de Oficiais Policiais Militares, conforme dispuser a lei, devendo fazer declaração pública de bens no ato da posse e de sua exoneração".*

Ora, preocupamos em demonstrar, para podermos trazer a cura, quem é que, de forma real, administra a nossa Instituição e, então, chegamos a conclusão que é, precisamente, Sua Excelência, o Senhor Comandante-Geral, pessoa que, na forma expressada pela Carta Política estadual, terá de ser um Coronel QOPM, devidamente nomeado pelo Governador do Estado.

Porém e por mais uma vez, é DE PLÁCIDO E SILVA <sup>7</sup> quem nos fornece entendimento lapidar sobre o que vem a ser administração, sendo certo que administrar relaciona-se com a própria Administração Pública, enquanto pessoa jurídica de Direito Público, portanto é:

*"Expressão que se formou do verbo latino administrare (administrar, governar, gerir, executar), pela composição do substantivo administratio, dá a idéia da reunião de atos praticados por uma pessoa a fim de cumprir a direção ou gerência de uma determinada soma de negócios ou afazeres, sejam pertinentes aos interesses privados, próprios, ou de outras pessoas, sejam pertinentes aos interesses da coletividade".*

E, na sequência, o mesmo autor arremata, averbando que:

*"Toda ação decorrente de uma autoridade ou atribuição conferida para desempenhar atos, sejam de ordem econômica, sejam de ordem financeira, de ordem política ou meramente diretiva, em sua continuidade, é resultante de uma administração".*

Em face de tudo o que até aqui abordamos, vem-nos, agora, a Lei Complementar estadual n.º 893, de 9 de março de 2001, que institui o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, sendo certo que em seu art.

---

<sup>7</sup> SILVA, De Plácido e, op. cit., p. 38.

58, §§ e n.ºs, procura traçar e especificar comportamentos que, a nosso olhar, de molde algum poderão ser levados a efeito por Sua Excelência, o Senhor Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo, haja vista ser ele quem exerce a administração total, tanto a operacional como a administrativa, estando e sendo esta última a que, em realidade, nos interessa, diretamente, ou seja: a administração de pessoal – a administração dos militares Estaduais que compõem a própria Força Pública estadual.

Note-se que a Lei Complementar referida não regulou, por não ser seu objeto próprio e específico, sobre as atribuições que competem, especificamente, a cada segmento que compõe a Polícia Militar do Estado de São Paulo.

E, então, sobre competência, DE PLÁCIDO E SILVA <sup>8</sup> ensina-nos que é

*“Derivado do latim *competentia*, de *competere* (estar em gozo ou no uso de, ser capaz, pertencer ou ser próprio), possui, na técnica jurídica, uma dupla aplicação:*

*a) tanto significa a capacidade, no sentido de aptidão, pela qual a pessoa pode exercitar ou fruir um direito;*

*h) como significa a capacidade, no sentido de poder, em virtude do qual a autoridade possui legalmente atribuição para conhecer de certos atos jurídicos e deliberar a seu respeito”.*

No mesmo diapasão, esse renomado autor e dicionarista assevera que *“a capacidade, no sentido de poder”*:

*“... significa o poder que outorga à pessoa ou instituição, a autoridade jurisdicional para deliberar sobre determinado assunto, resolvendo-o segundo regras ou os limites que a investem nesse mesmo poder”.* (grifos originais).

Aqui, de molde algum, pretende-se atribuir a autoridade administrativa, competência outra, ou seja, especificamente, a judicial ou jurisdicional, haja vista que, esta aqui nominada, está afeta, sem sombra de dúvidas, diretamente ao Poder Judiciário, na pessoa da autoridade judicante, para que ela possa, quando no exercício legal e próprio de sua atividade, proceder, então, a aplicação de uma norma, via de regra, ampla, geral e abstrata ao caso que lhe está sendo apresentado, resultando

---

<sup>8</sup> SILVA, De Plácido e, *op. cit.*, p. 186.

daí, portanto, um efeito próprio da decisão judicial, ou seja, o de fazer coisa **julgada** e não podendo, assim, pelos seus próprios **fundamentos**, ser novamente levada a autoridade judicial competente.

É de meridiana inteligência. que o administrador público, no exercício de atividade administrativa, aplica, sempre de forma direta, uma norma específica ao caso que lhe está sendo apresentado, também.

Porém, não tem esta aplicação e, via de regra, a adoção de uma **conseqüente** decisão administrativa, o condão de perfazer coisa **julgada**, haja vista que no Estado brasileiro, não possui assento o instituto do Contencioso Administrativo.

Além do mais, todas as decisões administrativas são sindicáveis pelo Poder Judiciário competente que, em relação a legalidade – aqui, especificamente, quando houver contrariedade entre o ato administrativo praticado e o dispositivo legal –, poderá-deverá extirpá-las do Ordenamento Jurídico, haja vista o que vem inserto pelos “*caput*”, dos arts. 37 e 111, ambos das Cartas Políticas, federal e estadual, respectivamente.

Ainda, observando-se a terminologia aplicada ao Direito Público. DE PLÁCIDO E SILVA, com extrema exatidão, conclui que:

*“... a competência administrativa indica a soma de poderes que as leis outorgam às autoridades administrativas, para que possam administrar e gerir os negócios públicos.*

*A competência administrativa atua num plano de hierarquia, segundo as regras legalmente instituídas, pelo qual são traçados os limites jurisdicionais de cada autoridade, seja em relação à matéria, seja, mesmo, em relação no território”.<sup>9</sup>*

Então é que fomos nós lá buscar o estampado pelo art. 58, §§ e n.ºs, da Lei Complementar estadual n.º 893, de 9 de março de 2001, com a finalidade e objetivo único de podermos rechaçá-lo, haja vista que o Legislador Complementar estadual se permitiu prever uma ilegalidade, no que se relaciona ao comportamento e, também, no que diz respeito a real possibilidade do exercício da atribuição de administração direta de pessoal, como já afirmamos alhures:

*“Art. 58. O recurso hierárquico, interposto por uma única vez, terá efeito suspensivo e será redigido sob a forma de parte ou ofício e*

---

<sup>9</sup> SILVA, De Plácido e. op. cit., p. 186.

*endereçado diretamente à autoridade imediatamente superior àquela que não reconsiderou o ato tido por irregular, ofensivo, injusto ou ilegal.*

§ 1º *A interposição do recurso de que trata este artigo, a qual deverá ser precedida de pedido de reconsideração do ato, somente poderá ocorrer depois de conhecido o resultado deste pelo requerente, exceto na hipótese prevista pelo § 4º do artigo anterior.*

§ 2º *A autoridade que receber o recurso hierárquico deverá comunicar tal fato, por escrito, aquela contra a qual está sendo interposto.*

§ 3º *Os prazos referentes ao recurso hierárquico são:*

*1. para interposição: 5 (cinco) dias, a contar do conhecimento da solução do pedido de reconsideração pelo interessado ou do vencimento do prazo do § 4º do artigo anterior;*

*2. para comunicação: 3 (três) dias, a contar do protocolo das OPM da autoridade destinatária;*

*3. para solução: 10 (dez) dias, a contar do recebimento da interposição do recurso no protocolo da OPM da autoridade destinatária.*

§ 4º *O recurso hierárquico, em termos respeitosos, precisará o objeto que o fundamenta de modo a esclarecer o ato ou fato, podendo ser acompanhado de documentos comprobatórios.*

§ 5º *O recurso hierárquico não poderá tratar de assunto estranho ao ato ou fato que o tenha motivado, nem versar sobre matéria impertinente ou fútil.*

§ 6º *Não será conhecido o recurso hierárquico intempestivo, procrastinador ou que não apresente fatos novos que modifiquem a decisão anteriormente tomada, devendo ser cientificado o interessado, e publicado o ato em boletim, no prazo de 10 (dez) dias".*

Aqui está inclusa e estampada uma limitação legislativa ilegal, sobre a necessária e real possibilidade de Sua Excelência, o Senhor Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo poder exercer, "*in totum*", a administração direta do efetivo que a integra.

Ele é, sem sombra de dúvidas, a autoridade competente que, sempre por intermédio de concurso público, procede a admissão de certas e específicas pessoas e que terão, por atribuição específica, a desenvoltura e efetivação de atividades estatais, na prestação de serviço público e, por força de consequência, para que não fique com essa atribuição restrita,

reduzida e limitada, deverá ele, também, estar e ter presente e disponibilizado o poder administrativo de exercer a dispensa do militar do Estado, seja essa dispensa efetivada por força de demissão ou de expulsão, que nós as **nominamos** como sendo as sanções **administrativo-disciplinares** capitais, afetas ao exercício de atividade administrativa específica, de autoridade competente – aqui, Sua Excelência, o Senhor Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

A nossa grita, com referência a esta limitação, está expressada por força de que não se pode e nem se deve admitir que uma outra norma específica – a Norma Regulamentar-Disciplinar –, veiculada que foi por intermédio da Lei Complementar estadual n.º 893, de 9 de março de 2001, se imiscua e venha regular assunto que é disciplinado em outra norma específica e que, ao seu turno e tempo, versou sobre competência e, assim, vir a proceder sérias alterações de qualquer ordem, sob pena de ir de encontro ao estabelecido pela Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, ou melhor, pela Lei de Introdução ao Direito, como nós nos permitimos denominá-la, visto que é ela quem rege todo o Direito **pátrio**, seja ele público e privado.

Não há qualquer espécime de calço legal para que um mero legislador infraconstitucional, seja ele complementar ou ordinário, possa, então, vir a tratar de assuntos diferentes e, não bastasse, em uma norma legislativa não específica, ou seja, que regulou assunto diverso.

Tem-se de ter em mente que cada norma legal possui, para ser válida, seu objeto de regência e dele não poderá fugir, sob pena de ser **argüida** a sua inconstitucionalidade, pelas autoridades que estão relacionadas no art. 103, incs. e §§, da Carta Política federal de 5 de outubro de 1988, bem como as do art. 90, incs. e §§, da Carta Política estadual de 5 de outubro de 1989.

Sabemos que, por força do Estado Democrático de Direito, plasmado que está no **aporte** de nosso Texto Sagrado federal de 5 de outubro de 1988, é que nos permitimos, agora e de forma direta, fornecer uma interpretação dogmática, para que, de maneira específica, possamos, então, procurar fornecer um posicionamento doutrinário e firme, objetivando estancar essa malfadada limitação que, em face de estudo e, o porquê não dizer, de edição e emissão de aparvalhados e apavorados e, "**grosso modo**", de insensatas "interpretações", sem se levar em conta

qualquer tipo de preocupação **com** os dogmas institucionais, aos quais já nos referimos alhures.

Dessa forma e em assim procedendo, ou seja, tratando a coisa pública, como se particular fosse, estarão, todos os agentes públicos envolvidos, suscetíveis de sofrerem as responsabilizações nas esferas competentes, ou seja: na administrativa ou disciplinar; na penal ou criminal; na civil e, inclusive, na política; esta última, inserta que está no § 4º, do art. 37, do Texto Magno federal de 5 de outubro de 1988:

"Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

Em assim sendo, denota-se que Sua Excelência, o Senhor Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo é, como já nos manifestamos, sem sombra de dúvidas, a autoridade máxima, no que diz respeito ao exercício da atribuição administrativo-disciplinar.

Dessa forma, após o militar do Estado ter sido submetido, como o foi, ao processo administrativo específico onde, certamente, lhe foi assegurado e garantido o contraditório e a ampla defesa, restando provado, inclusive, que ele, de qualquer maneira, teve participação nos fatos que foram objeto de apuração, aquela autoridade **administrativo-disciplinar** terá de ter, a sua disposição, os instrumentos hábeis para, de forma direta, concreta e imediata, poder, então, proceder a depuração de seus militares Estaduais, utilizando-se, para tanto, da aplicação das sanções administrativo-disciplinares capitais: de demissão ou de expulsão, tendo em vista que aqueles milicianos Estaduais não se afeiçoaram ao cumprimento de seus deveres, que são os institucionais e que possuem foro legal e, ainda, pelo próprio descumprimento do princípio da legalidade.

Não nos foi e nem nos é possível e nem, quiçá, passível de interpretação, a linha de extensão que se está dando e adotando, com referência ao artigo que aqui está "*sub* exame", principalmente, no tocante ao efeito suspensivo do ato administrativo que decidiu, em última instância, ou seja, na esfera administrativo-disciplinar, pela procedência da acusação e com a **conseqüente** aplicação imediata da sanção que fora imposta ao militar do Estado.

Ora, é-nos de meridiana inteligência interpretativa, que, quando o Legislador Complementar estadual inseriu o efeito suspensivo ao recurso hierárquico, este efeito somente teria cabimento, se não se tratasse de aplicação das sanções administrativo-disciplinares capitais, quais sejam a de demissão e a de expulsão.

A doutrina pátria é pacífica, quando averba que o efeito suspensivo é a exceção, sendo certo que a regra é o próprio efeito devolutivo e, em assim sendo, de molde algum poderá qualquer intérprete desavisado vir a fornecer a este instituto, ou seja, ao recurso hierárquico, efeito recursal que o próprio legislador competente não quis, não previu e nem desejou, dando ao instituto, portanto, uma extensão ilegítima, haja vista que, quando o quer, ele – ou seja, o legislador complementar ou ordinário – se manifestará, expressamente, com todas as suas letras, tendo em vista, inclusive, a repercussão deste efeito.

O que não se pode admitir é a materialização e utilização desse efeito, ou seja, do suspensivo, em detrimento e real prejuízo ao interesse público, de modo que a sua utilização venha a colidir, frontalmente, com tal interesse, inclusive, por força de estar presente um efetivo contraste, causando, por sua vez, a impossibilidade de ambos estarem presentes no Ordenamento Jurídico, haja vista que, se assim procedêssemos, estaria, seguramente, havendo uma inversão de valores e, desse modo, não se estaria prestigiado, como se deve e tem de ser, ou seja, a real prevalência do interesse público sobre o interesse do particular, estabelecendo-se a tão propalada desigualdade que há de haver entre o interesse público e o interesse privado ou do particular, haja vista que as regras impostas pelo Direito Administrativo pátrio e alienígena são, essencialmente, regras de direito dos desiguais, pois tem em um dos pólos da relação jurídica que se instala a Administração Pública que persegue, de maneira incessante, ininterrupta, o interesse público e, no outro pólo, o próprio administrado, contribuinte ou cidadão.

Ora, em toda ação do Poder Público onde se vislumbre possibilidade de empate entre o interesse público e o interesse privado ou do particular, deverá, o primeiro, ser prestigiado, imediatamente, haja vista que o Estado existe e tem por escopo e razão de ser, a busca e a satisfação do interesse público, sendo aquele que prestigia a Coletividade como um todo ou parte significativa dela, que é sempre alçado pelo legislador e não pelo mero intérprete da norma ou por quem o valha.

Apontaremos ainda e por ser e estar presente a conveniência e oportunidade, a manifestação precisa de DE PLÁCIDO E SILVA, no que se refere e ao que vem a ser esse efeito suspensivo:

*"Assim se diz de todo ato ou de toda causa que venha produzir a suspensão do que se estava fazendo ou se pretendia fazer.*

*Geralmente, é a expressão usada para indicar um dos efeitos da apelação, quando todo processo da ação se paralisa, não se dando começo a execução, até que se decida o recurso interposto, pela instância superior, a quem se devolveu o conhecimento da causa.*

*Em regra, em matéria processual, os recursos somente têm efeito suspensivo, quando expressamente determinado por lei".<sup>10</sup> (grifos originais).*

Ainda e por mais uma vez, levando-se em conta a oportunidade e, em sendo efetivada a aplicação de uma dessas espécimes de sanções administrativo-disciplinares capitais, aquele militar do Estado, que foi o alvo e que, por conseqüência, sofrerá os efeitos próprios deste ato administrativo constitutivo, despiu-se de sua condição de militar do Estado e, então, não mais poderá se utilizar dos recursos administrativos que estão insertos, no próprio art. 56, parágrafo único e n.ºs, da Lei Complementar estadual n.º 893, de 9 de março de 2001, "*in verbis*":

"Art. 56. O militar do Estado, que considere a si próprio, a subordinado seu ou a serviço sob sua responsabilidade prejudicado, ofendido ou injustiçado por ato de superior hierárquico, poderá interpor recursos disciplinares.

*Parágrafo único. São recursos disciplinares:*

*1. pedido de reconsideração de ato;*

*2. recurso hierárquico".*

Temos aqui e neste momento, a real e específica intenção de propalar, aos quatro ventos, que existem certas e específicas decisões administrativo-disciplinares, que não podem e nem devem ser acolhidas por recurso hierárquico, que possua o efeito suspensivo, principalmente quando essa decisão foi prolatada por autoridade administrativo-disciplinar competente e que está ocupando o ápice da pirâmide organizacional, tendo em vista que se editará aqui, um ato administrativo constitutivo e que, por ser sua razão de ser, virá e colocará termo, fim ao

---

<sup>10</sup> SILVA, De Plácido e, *op. cit.*, p. 295.

processo administrativo competente e que estava em curso perante a Administração Pública envolvida.

Ora, aqui só há uma questão de Lógica Jurídica que, em face do princípio da **fungibilidade recursal**, se o militar do Estado interpuser recurso, independente do rótulo que este possua e se ele estiver no prazo, ou seja, se for tempestivo, deverá este subir a autoridade **administrativo-disciplinar** competente para que dele conheça e possa, então, **ofertar** decisão a seu respeito; porém, esse mesmo raciocínio não poderá e nem deverá ser levado a efeito, quando se tratar de "**ex**" militar do Estado, devendo a referida autoridade, isto sim, recebê-lo, mas, ato contínuo, **fulminá-lo**, pois que não há mais qualquer suporte legal que **lhe** dê guarida, quanto ao seu seguimento e devido processamento, em face do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

A guisa de esclarecimento, fomos buscar, finalmente, na magistral obra do saudoso, festejado e sempre presente administrativista HELY LOPES MEIRELLES, o entendimento lapidar sobre o que são recursos hierárquicos:

*"... são todos aqueles pedidos que as partes dirigem a instância superior da própria Administração, propiciando o reexame do ato inferior sob todos os seus aspectos. Podem ter efeito devolutivo e suspensivo, ou simplesmente devolutivo, que é a regra; o efeito excepcional suspensivo há de ser concedido expressamente em lei ou regulamento ou no despacho de recebimento do recurso".*<sup>11</sup>

Portanto e por mais uma vez, repisamos, pelo que pudemos coletar e trazer a baila, por força de entendimentos doutrinários e de dicionarista renomado, constatamos a necessidade real, para que seja efetivada a imediata aplicação de sanções administrativo-disciplinares capitais, pela autoridade competente, quando esteja ocupando o ápice da pirâmide organizacional, no sentido de poder proceder a depuração interna, estando, portanto, em desfavor do "**ex**" militar do Estado, a utilização do recurso hierárquico e que está **inserto** na Norma Regulamento-Disciplinar, ou seja, a Lei Complementar estadual n.º 893, de 9 de março de 2001, haja vista tê-lo despedido da condição de militar do Estado, como já nos manifestamos.

---

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18ª ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 579.

*Veja que, em assim sendo, ou seja, nesta sua nova condição ou situação, não poderá e muito menos deverá ele – o "ex" militar do Estado – se valer de quaisquer espécimes de recursos previstos pela Lei Complementar estadual n.º 893, de 9 de março de 2001, tendo em vista que não mais está se enquadrando no rol de pessoas inseridas no plasmado pelo "caput", do art. 2º, seu parágrafo único e n.ºs 1 e 2:*

“Art. 2º - Estão sujeitos ao Regulamento Disciplinar da Polícia Militar os militares do Estado do serviço ativo, da reserva remunerada, os reformados e os agregados, nos termos da legislação vigente.

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica:

1. aos militares do Estado, ocupantes de cargos públicos ou eletivos;

2. aos Magistrados da Justiça Militar”.

É lógico que não estamos defendendo que a decisão administrativa tem força de fazer coisa julgada, pois, realmente, não a tem; portanto e para tanto, restará indicar o preceito inserto no inc. XXXV, do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, que dá guarida a nossa assertiva:

*"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"*.

Desse modo e por intermédio desse comandamento e previsão constitucional é que está facultado ao “ex” militar do Estado buscar guarida no próprio Poder Judiciário, tendo em vista que ele, efetivamente, não se conformou com a decisão terminativa que foi adotada, em sede administrativa, pela própria autoridade competente e que exercia, então, a atividade ou atribuição administrativo-disciplinar.

Em face de Direito novo, toda autoridade competente e que está por executá-lo, diretamente, terá de se pautar, dentro do Estado Democrático de Direito, pelos princípios de regem a Administração Pública e que, por via de consequência, deverá ser arrojado e empreendedor, buscando exatamente na letra da Lei, tudo aquilo que o legislador especificou, sem ser mais, nem menos e nem fora, ou seja, não poderá e nem deverá dar asas a sua imaginação, sob pena de resvalar para a ilegalidade e vir a sofrer, por ser a consequência, todas as espécies de responsabilização, ou seja: a penal ou criminal; a administrativa ou disciplinar; a civil e a política.

## BIBLIOGRAFIA

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo, Malheiros Editores, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18ª ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo, Malheiros Editores, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed., rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional 31, de 14.12.2000, São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo – Parte introdutória. Parte geral. Parte especial*. 12ª ed., totalmente rev., ampl. e atual, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 13ª ed., fechamento desta edição: 13-9-00, São Paulo, Editora Atlas S/A., 2001.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15ª ed., rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999.

#### IV. LEGALIDADE E LEGITIMIDADE NAS DECISÕES DE COMANDOS POLICIAIS MILITARES'

*ROBERTO DE JESUS MORETTI - Capitão PM, Adjunto da Subseção de Legislação da 1ª Seção do Estado Maior da Polícia Militar; autor em colaboração da seguintes obras:*

- *Direitos e vantagens dos policiais militares do Estado de São Paulo. 4ª ed. Atlas. 1999.*
- *Legislação policial-militar – Anotada (Constituição Federal e normas federais de organização das polícias militares e corpos de bombeiros militares). Vol. I. Atlas. 2000.*
- *Legislação policial-militar – Anotada (Constituição Estadual e normas estaduais de organização e efetivos da PMESP). Vol. II. Atlas. 2001.*

As instituições militares estruturam-se num sistema hierárquico bem definido, que possibilita a retransmissão de ordens de forma clara e sem maiores tergiversações, especialmente quanto ao seu cumprimento.

Numa instituição militar, portanto, não existem grandes questionamentos a respeito da legalidade ou da legitimidade das ordens emanadas pelos comandos superiores, tendo-se como premissa que elas foram avaliadas criteriosamente e têm objetivo específico dentro de um contexto mais amplo, por vezes desconhecido dos escalões inferiores.

Tal raciocínio fica melhor compreendido ao delimitar-se o conceito de instituição militar aquela que tem por objetivo a destruição do inimigo ou sua submissão a tal força, que o faça desistir de prosseguir lutando. Assim, realmente, todos os esforços dessa instituição devem estar

---

<sup>1</sup> LEGALIDADE: Exprime a situação da coisa ou do ato que se mostra dentro da ordem jurídica ou é decorrente de preceitos de lei. É, pois, a ação **exercida** dentro da ordem jurídica ou na conformidade das regras e solenidades prescritas em lei. (SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. **Atualizado** por Nagib Slaibi Filho e Geraldo **Magela Alves**. Forense. 15ª Edição. 1999. Pág. 479).

LEGITIMIDADE: Nas ciências políticas refere-se a necessária **qualidade** para **tornar** válida a atuação do ato ou agente em face dos demais cidadãos. (SILVA, De Plácido e. Op. Cit. Pág. 480).

voltados a consecução desses objetivos, não se admitindo questionamentos vagos e inoportunos, sob pena de não se alcançar o sucesso esperado.

Esta **assertiva** tem fundamento ao lembrarmos que a emissão da decisão de um comando militar teve por base informações oriundas de seu “**staff**” possibilitando direcionar as forças para a melhor forma de alcance do objetivo colimado.

Então, antes da emissão da ordem, pressupôs-se a consulta as opiniões possíveis de vários elementos de assessorias existentes. Sendo certo que, uma vez emitida a ordem, não há mesmo por que questioná-la

Lembre-se que a ação militar só se verifica quando a ação política não **conseguiu**, de modo pacífico, alcançar os objetivos do Estado, transferindo para o comando militar toda a responsabilidade pelo sucesso da empreitada, conjugando-se, nesse instante, a legalidade e a legitimidade das decisões do comando militar.

Nesse sentido, a legalidade residirá na autorização formal para que o Estado declare guerra a outro; e a legitimidade será encontrada na vontade política do exercício militar.

Óbvio que a evolução da campanha será **aferida** pelo poder político instalado, o qual, a qualquer tempo, poderá substituir a pessoa detentora do comando militar, caso esta não esteja conseguindo implementar uma campanha tendente a alcançar os objetivos definidos. No entanto, as decisões militares continuarão nas mãos das forças militares até que, formalmente, encerre-se o estado de beligerância, quando, então, o controle das negociações será restaurado ao poder político, fazendo com que qualquer ação militar com respeito aqueles objetivos deixe de ter legalidade ou legitimidade.

Tentando trazer esta argumentação para o âmbito da Polícia Militar, encontraremos certa dificuldade pois, apesar de militar, trata-se também de uma organização policial, destinada ao exercício da polícia ostensiva e a preservação da ordem pública e não a destruição do inimigo ou a redução de sua vontade de lutar, compreendendo essa destinação num conjunto de ações voltadas a defesa social pelo uso dos meios jurídicos possíveis e sem a transmissão da plena autoridade civil para o comando militar. Isso ocorre porque, como dito, não se estará lidando com um inimigo, mas, sim, com um cidadão que deixou de observar as regras mínimas de convívio social.

Como afirmado, a legalidade da ação militar reside na declaração formal de guerra, e sua legitimidade na vontade política de realização dessa guerra pela transmissão de toda autoridade ao comando militar.

Na ação policial-militar a legalidade será encontrada nas diversas normas jurídicas existentes e que emanam desde os textos constitucionais até aos regulamentos internos. No entanto, a legitimidade dessa ação será ditada pelo poder político, o qual não repassará, para as ações policiais-militares, a plena autoridade desse exercício.

Entenda-se por poder político aquele oriundo das instituições legalmente instaladas e que, num Estado Democrático de Direito, estruturaram-se segundo a vontade popular, que se manifesta pela opinião pública.

É importante esse entendimento pois, ainda que a decisão de declaração formal de guerra fosse legal, sem o apoio popular (pela verificação da opinião pública) seria ilegítima. Lembre-se do caso americano na 2ª Guerra Mundial, quando até o evento "Pearl Harbor" a opinião pública era desfavorável ao envio de tropas para lutarem na Europa.

Então, as ações policiais-militares, ainda que amparadas pela lei, estarão elas sujeitas ao crivo da legitimidade pela aprovação por parte da opinião pública. Vejam-se os constantes casos de questionamento das ações policiais-militares.

Não se pretende direcionar o foco da presente argumentação para casos específicos, mas, sim, limitá-lo, conceitualmente, ao âmbito da Corporação, no que concerne a decisões emanadas dos comandos.

Como dito, uma ação militar reflete uma autoridade legal e legítima mas, diversamente, uma ação policial-militar refletirá uma autoridade legal e, quase sempre, legítima, uma vez que sua legitimidade poderá ser questionada, mesmo diante de sua legalidade.

Essa legitimidade poderá ser externa ou interna, ou seja: externa quando controlada pelo Governo e pela opinião pública; e interna quando **aferida** pela opinião dos integrantes da Corporação.

Na composição das forças que influem na aplicação de uma ordem de comando policial-militar não há como se evitar o questionamento crítico a respeito de sua legitimidade. Isto ocorre pois o comando policial-militar não tem plena autoridade sobre suas decisões, já que carece essa plenitude da legitimidade, a qual será **aferida** caso a caso.

Desse modo, a tomada de decisões de comando policial-militar não pode deixar de ter em mente a legalidade, manifestada pela fiel observância da lei, e a legitimidade, manifestada na vontade direta dos mais de oitenta mil homens e mulheres que integram a Corporação, e na indireta, manifestada pelos que daqueles dependem. Também não poderá pautar-se pelo "achismo" ou "quererismo", qualidades dos que desejam sobrepor seus interesses pessoais aos da Corporação. Em suma, um comando não pode decidir com base em "eu quero assim" mas pelo "eu posso assim?".

Em regra, a vontade dos integrantes da Corporação apresenta-se na forma de estudos de Estado-Maior ou de informações prestadas caso a caso, as quais devem ser levadas em consideração, sob pena de se tornarem inviáveis quaisquer tomadas de decisão.

A vontade dos dependentes dos integrantes da Corporação apresenta-se na forma de petições oriundas de suas entidades representativas, que devem ser avaliadas sob o prisma da legalidade e da oportunidade, além de se aferirem os reais interesses envolvidos ou seja, se espelham a real vontade de uma categoria ou se apenas a vontade de seus dirigentes, num vislumbre de facilidades ou oportunidades pessoais.

Os comandos da Corporação não podem deixar de ter em mente que suas decisões, voltadas ou não para o plano profissional, afetarão dezenas, centenas ou milhares de pessoas, causando maiores danos quanto mais direcionadas a interesses pessoais, em regra, menores que os interesses da Corporação.

Nesse sentido, o "staff" de qualquer comando não pode se omitir e deixar que o comando tome decisões ou faça determinações sob o aspecto estritamente pessoal, sob pena de que elas levem a derrocada do próprio comando ou da própria Corporação, caso se tratar do alto escalão. Um "staff" não existe para agradar, mas, sim, para agravar<sup>2</sup> a decisão.

---

<sup>2</sup> AGRAVAR: Majorar ou aumentar a intensidade dos encargos ou responsabilidade que pesem sobre uma pessoa, ou dos ônus resultantes de obrigações assumidas. A agravação, assim, sempre implica, tanto em sentido comum como em sentido jurídico, aumento ou ampliação acima do que é normal ou habitual. (SILVA, De Plácido e. Op. cit. Pág. 47).

---

Em contrapartida, os comandos devem estar preparados para ouvir de seu "staff" não o que gostariam, mas sim, o que precisam saber<sup>3</sup>.

As decisões de um comando policial-militar tomadas sob o prisma de sua verdades pessoais ou direcionadas para o alcance de interesses meramente pessoais, carecem de legitimidade pois, além de não levarem em conta aspectos técnicos apresentados pelo "staff", desconsideram também a opinião dos que são interessados nos resultados dessas decisões e, ainda que legalmente fundamentadas, não terão o necessário respaldo moral perante o restante da Força, gerando um ciclo de descrédito na condução dos negócios policiais-militares com o **conseqüente** desestímulo dos mais novos ou daqueles que poderiam melhor contribuir para o engrandecimento da Corporação.

As decisões de comando policial-militar não se bastam pelo fundamento na legalidade, carecem também da necessária legitimidade, como forma de se perpetuarem os princípios de honra, dignidade e coragem moral, esteios da hierarquia e da disciplina.

---

<sup>3</sup> "Ninguém que **tenha** lido os curiosos **registros** das *Führer Conferences* sobre política militar e conduta de guerra, ou as **solicitações** lastimosas do Almirante **Doenitz** visando a **cooperação** entre os submarinos e as aeronaves de grande raio de **ação**, deixará de compreender quanto a Alemanha poderia ter chegado perigosamente perto de ganhar a guerra se os chefes do Exército, Marinha e Aeronáutica tivessem permanecido em pé de igualdade, no **planejamento** e na condupão **das operações**, e se o chefe de Estado tivesse escutado sua assessoria com mente aberta Porém, ele **permaneceu** preso ao conceito único." ELIOT. **George Fielding. Como perder uma guerra.** (1894-1971) - **jornalista**, escritor, conferencista e comentarista **radiofônico** especializado em **assuntos** militares e segurança nacional (E.U.A.)

\_\_\_\_\_

## V. O PAPEL DO CORPO DE BOMBEIROS NA SEGURANÇA CONTRA INCÊNDIOS

*MARCO ANTONIO BASSO - 1º Tenente PM do Corpo de Bombeiros; Bacharel em Direito pela Universidade Mackenzie; Especialista em Criminologia e Didática do Ensino Superior; Mestrando em Direitos Fundamentais, Professor de Direito Constitucional I, na Academia de Polícia Militar do Barro Branco.*

### 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A atuação do Corpo de Bombeiros nas atividades de incêndio se misturam a própria história da Corporação, uma vez que os primeiros procedimentos sobre prevenção de incêndios surgiram no ano de 1909 com edição do Regulamento para os Locais de Divertimentos Públicos.

No ano de 1936, o Corpo de Bombeiros deixa de pertencer à esfera Estadual e, no Município de São Paulo, passa a **atuar** conjuntamente com o Departamento de Obras da Prefeitura Municipal, nas atividades de fiscalização das edificações.

Em 1942 o Corpo de Bombeiros instala na sua estrutura a primeira seção de atividades técnicas destinada a realizar vistorias nas **edificações** e, cinco anos mais tarde, são emitidos os primeiros Atestados de Vistoria.

As primeiras Especificações para Instalação de Proteção Contra Incêndio são elaboradas no ano de 1961, tendo como referência as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), onde o Corpo de Bombeiros passou a exigir, em todas as instalações prediais, a instalação de extintores e hidrantes, sendo que a obediência a essas regras era garantida pelo Departamento de Água e Esgoto de São Paulo, que não fornecia água para o consumo aqueles edifícios que não tivessem o projeto analisado e aprovado pelo Serviço técnico do Corpo de Bombeiros.

*Com o advento dos dantescos incêndios dos edifícios Andraus e Joelma, respectivamente, nos anos de 1972 e 1974, onde várias vidas foram perdidas, o Corpo de Bombeiros avançou na estruturação de um*

***Sistema Estadual de Prevenção a Incêndios culminando com a promulgação em 11 de março de 1983, do Decreto Estadual nº 20.811.***

Novos avanços na área técnica, bem como a ampliação das exigências de proteção contra incêndios, especialmente com maior preocupação aos sistemas de chuveiros automáticos, iluminação de emergência, alarme e detecção de incêndios e armazenamento de gás liquefeito de petróleo, passaram a serem exigidos a partir de 15 de dezembro de 1993, quando entrou em vigor o Decreto Estadual nº 38.069, como novo regulamento contra Incêndios do Estado de São Paulo.

Vislumbrando problemas pontuais de segurança, o Comandante do Corpo de Bombeiros, fazendo uso das atribuições conferidas pelo Governo do Estado de São Paulo, respectivamente, nos anos de 1995 e 2000, publicou as primeiras Instruções Técnicas de Segurança Estrutural das Edificações e Resistência ao Fogo dos Elementos Construtivos e de Segurança em Recintos de Eventos Esportivos e de Espetáculos Artísticos e Culturais.

Devido ao intenso avanço tecnológico na área construtiva e de proteção contra incêndios, fez-se necessária a revisão das normas existentes e, principalmente, a instituição de mecanismos ágeis que possibilitassem a revisão constante das normas, sendo que em 31 de agosto de 2001 foi instituído o novo Regulamento contra Incêndios do Estado de São Paulo, através do Decreto nº 46.076, que se presta a traçar as regras gerais a serem obedecidas por todos e delega ao Comandante do Corpo de Bombeiros a edição das Instruções Técnicas necessárias a eficaz regulamentação do Sistema de Proteção contra Incêndios no Estado.

De imediato, conforme a determinação imposta pela nova legislação e vislumbrando a segurança da comunidade, foram instituídas, pelo Comandante do Corpo de Bombeiros, 38 Comissões Técnicas, formadas por profissionais do próprio Corpo de Bombeiro, das Entidades de Classe dos Engenheiros, dos Órgãos de Normatização, além de profissionais de notório conhecimento na área, com a finalidade, cada uma, de estudar e elaborar a regulamentação necessária na sua área de concentração. O profícuo trabalho dessas comissões resultou na edição, na data de 22 de dezembro de 2001, do mais completo e

avançado conjunto de normas sobre prevenção de incêndios já visto no Brasil.

## 2. COMPETÊNCIA DO CORPO DE BOMBEIROS

*Como se percebe, ao longo dos anos, baseado na sua experiência no atendimento diário de ocorrências, o Corpo de Bombeiros da Polícia Militar do Estado de São Paulo tem procurado disseminar e implantar, cada vez mais, a consciência prevencionista da segurança da sociedade, visando minimizar e, até mesmo, evitar a ocorrência de incidentes nefastos, dentre os quais podem ser destacados os incêndios.*

O Exercício da atividade de segurança contra incêndio não se encontra consubstanciada no vontade do Corpo de Bombeiros mas deriva da imposição da norma legal, especialmente pelo mandamento constitucional esculpido no artigo 144, §5º, da Constituição Federal, que assim se encontra redigido.

*"Ar. 144. A segurança pública, dever do Estado, direto e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...)*

*§ 5º - as polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil."(G.N)*

*Segundo a doutrina moderna, pode-se entender "atividades de defesa civil" como sendo todas as ações da solidariedade humana, que compreendem o "conjunto de medidas preventivas", de socorro, assistência e recuperativas, destinadas a evitar conseqüências danosas de eventos previsíveis e imprevisíveis, entre elas a reparação e restauração dos serviços essenciais, afim de preservar o moral da população e o bem-estar social, quando da ocorrência de eventos" (G.N.)*

Os Corpos de Bombeiros possuem o poder decorrente necessário para a execução de suas múltiplas atividades, resultante da competência irradiada pelo mandamento constitucional e da respectiva legislação infraconstitucional que empresta a sua força para regulamentar as atividades preventivas exercidas, como se depreende da exegese do

artigo 2º, inciso V, da Lei nº 616, de 17 de dezembro de 1974 (Lei de Organização Básica das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares), transcrito na sequência:

"Art. 2º. (...)

*V – Compete a Polícia Militar realizar serviços de prevenção e de extinção de incêndios, simultaneamente com o de proteção e salvamento de vidas humanas e material no local de sinistro, bem como o de busca e salvamento, prestando socorros em casos de afogamentos, inundações, desabamentos, acidentes em geral, catástrofes e calamidades públicas. (G.N.)*

Ademais, no Estado de São Paulo, vigora a Lei nº 684, de 30 de setembro de 1975, que, de imediato, através da relação do artigo 1º, arrola os serviços que serão prestados pelo Corpo de Bombeiros nos Municípios conveniados:

*"Artigo 1º - Fica o poder executivo autorizado a celebrar com os Municípios, inclusive o da Capital, convênios sobre serviços de prevenção e extinção de incêndios, de busca e salvamento e de prevenção de acidentes, estabelecendo as correspondentes normas de fiscalização e as sanções a que estarão sujeitos os infratores. (G.N.)*

*Prossegue, na regra estipulada no artigo 3º, reafirmando a competência do Corpo de Bombeiros na participação do processo de aprovação de sistema de prevenção e segurança contra incêndios, conforme texto legal infra-transcrito:*

*"Artigo 3º - Os municípios se obrigam a autorizar o órgão competente do Corpo de Bombeiros, da polícia Militar, a pronunciar-se nos processos referentes a aprovação de projetos e a concessão de alvarás para construção, reforma ou conservação de imóveis, os quais, a exceção dos que se destinarem as residências unifamiliares, somente serão aprovados ou expedidos se verificada, pelo órgão, a fiel observância das normas técnicas de prevenção e segurança contra incêndios.*

*Parágrafo único – A autorização de que trata este artigo extensiva a vistoria para a concessão de alvará de "habite-se" e de funcionamento, bem assim a verificação da efetiva observância das normas técnicas." (G.N.)*

*A competência legal do Corpo de Bombeiros para atuar nas atividades técnicas de preservação contra incêndios foi reconhecida pela Municipalidade de São Paulo ao aprovar a Lei Municipal nº 8.817, de*

22 de novembro de 1978, que autorizava o Poder Executivo a celebrar convênio nos termos da Lei Estadual nº 684/75 e, posteriormente, através do próprio instrumento de convênio que foi celebrado, na data de 9 de março de 1979, entre o Prefeito Municipal **Olavo Egydio Setúbal** e o Secretário Estadual dos Assuntos da Segurança pública, Coronel **EB Erasmo Dias**, com a interveniência do Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo, Coronel PM **Arnaldo Bastos de Carvalho**. Ato jurídico perfeito, em pleno vigor, uma vez que, segundo o estatuído na Cláusula Décima Quinta, é válida pelo período de 30 (trinta) anos, encontra em seu bojo as seguintes atribuições:

**CLÁUSULA PRIMEIRA** – O Governo do Estado de São Paulo assume o compromisso de executar no Município de São Paulo os serviços de prevenção e extinção de incêndios, de busca e salvamento e de prevenção de acidentes, os quais ficarão a cargo de Unidades Operacionais do Corpo de Bombeiros, constituídas por pessoal da Polícia Militar do Estado de São Paulo, subordinado ao Comandante Geral desta, de acordo com as leis vigentes.

**CLÁUSULA SEGUNDA** – Serão realizados pelas Unidades Operacionais do Corpo de Bombeiros, no Município, os seguintes serviços:

- a) prevenção de incêndios;
- b) extinção de Incêndios;
- c) busca e salvamento;
- d) proteção de incêndios e salvamento;
- e) aprovação de projetos de contra incêndios;
- f) fiscalização das normas de prevenção,
- g) ações em calamidade pública;
- h) socorros diversos;
- i) serviços policiais extraordinários, em situação de anormalidade, a juízo do Comandante Geral da Polícia Militar, e mediante emprego dos meios próprios de combate ao fogo e de busca e salvamento.

(...) **CLÁUSULA SEXTA** – A Prefeitura se obriga a exigir, como condição para concessão do Auto de Conclusão das edificações referidas no § 2º do Artigo 4º do Regulamento anexo ao Decreto Estadual nº 45.245-A/65, a apresentação de Certificado de Vistoria do órgão competente do Corpo de Bombeiros da Polícia Militar, o qual somente

será expedido se verificada pelo órgão estadual a fiel observância das normas técnica de prevenção e segurança contra incêndio.

**CLÁUSULA SÉTIMA** – Para as edificações referidas na cláusula anterior, o Certificado de Vistoria do Corpo de Bombeiros será igualmente exigido pela Prefeitura para a expedição do Alvará de Conservação ou Certificado de Regularidade de Edificação.

*A atividade de polícia edilícia, decorrente do poder estatal de manter o bom ordenamento urbano e as vistorias das construções, por determinação constitucional, consubstancia-se na normas administrativas das três entidades estatais – União, Estado e Municípios – as quais, conjuntamente, são responsáveis pela imposição de limites e adoção de normas e medidas específicas capazes de impedir ou, pelo menos, minimizar, a ocorrência de lesões a segurança dos indivíduos, como, exemplificadamente, a prevenção contra incêndios.*

*Cuidando dessa tema, foi sustentado por Álvaro Lazzarini, que:*

“...quem tem, assim a responsabilidade derivada de sua competência constitucional e infraconstitucional deve, também, Ter reconhecida a sua autoridade pública correspondente, conforme a investidura legal que o bombeiro militar, agente administrativo que é, tem na instituição a que pertence dentro da unidade federada.

Reafirmamos, portanto, que a competência do bombeiro militar brasileiro para o exército do Poder de Polícia relativo as suas atividades, decorre da norma constitucional federal, que conjugação com as de natureza infraconstitucional federal, que completam aquela, de modo que nenhuma outra, pela especificidade das atribuições dos Corpos de Bombeiros Militares, pode derogá-las e, se opuserem a elas, devem ser descontinuídas, por ineficazes em relação as atividades de prevenção e proteção atribuídas aos Bombeiros Militares, além da defesa civil”.

*Apoiados na norma prevista no artigo 30, inciso I, da Lei Maior, alguns entes municipais, desprovidos do assessoramento jurídico necessário, reputam que as atividades de análise de projetos e verificação de equipamentos e sua funcionalidade é matéria de competência legislativa exclusiva dos entes municipais, haja visto ser assunto de interesse local.*

*Falece de suportabilidade jurídica essa interpretação da norma constitucional, uma vez que a expressão interesse”, segundo ensina Hely Lopes Meirelles, “não é interesse exclusivo do Município; não é*

*interesse privativo da localidade; não é interesse único dos Municípios. Se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não o seja reflexivamente da União e do Estado-membro, como, também, não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação brasileira. O que define e caracteriza o "interesse local", inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o Estado ou da União".*

*O mesmo entendimento é partilhado por Michel Temer que, analisando a competência legislativa municipal, concluiu que a "doutrina e a jurisprudência, ao tempo da Constituição anterior, se pacificaram no dizerem que é de peculiar interesse aquele em que predomina o do Município no confronto com os interesses do Estado e da União. Peculiar interesse significa interesse predominante. Interesse local é a expressão idêntica a peculiar interesse"*

*É remansoso o atendimento doutrinário e jurisprudencial que considera a ordem pública e os seus aspectos – segurança pública, tranquilidade pública e salubridade pública – como valor nacional que suplanta qualquer interesse local, sendo certo que a sua guarda não pode ser exclusivamente de competência dos Municípios, mas, igualmente, de todos os níveis de Governo.*

*Apreciando essa questão, o Supremo Tribunal Eleitoral, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 14.658, oriundo de São Paulo, unanimemente, manifestou-se sua interpretação na seguinte forma:*

*"já estabeleceu, com sua inegável autoridade, que a noção de ordem pública é nacional, não obstante a imprópria denominação que, no caso em que se examinava, deram-lhe de internacional" (G.N)*

*Lembra-se que as atividades de prevenção de incêndios, são fatos administrativos de vital importância para a ordem pública, especialmente no seu aspecto da tranquilidade pública, urgindo reconhecer, sem a exclusão dos demais entes federados, que atuam concorrentemente, a competência do Corpo de Bombeiros Militar em analisar, através do seu órgão técnico, projetos de proteção contra incêndios, emitindo, ao final, o ato administrativo respectivo, seja favorável ou não a proposta apresentada. Nesta oportunidade, não*

tendendo o projeto todas as **especificações para a instalação de proteção contra incêndios**, será vetado, devendo as falhas ou omissões serem sanadas. Caso contrário, estando o projeto nos termos da **legislação em vigor**, deverá ser aprovado, estando a instalação sujeita a vistoria do Copo de Bombeiros que chegará se a proteção ativa e passiva contra incêndios seguiu fielmente o projeto aprovado e se eles se encontram funcionando adequadamente.

A legislação a ser seguida na fase de elaboração do projeto pelo profissional **qualificado** e pelos profissionais Bombeiros que analisarão o projeto, será sempre aquela determinada a nível federal – caso venha a existir – seguindo-se da legislação **específica** de cada Estado-membro, onde em São Paulo vigora o Decreto nº 46.0796/01 e as **38 Instruções Técnicas** publicadas pelo Comandante do Corpo de Bombeiros. Ainda, nos municípios que possuem posturas próprias – como na Capital que possui o Colégio de Obras – deverão ser obedecidas somente aquelas determinações que forem mais restritivas do que o conjunto legal estabelecido pelo Estado e pela União, sob pena de se ferir a graduação hierárquica das leis e, respectivamente, os princípios do pacto federativo que impera no Brasil.

No Brasil não existe qualquer hierarquia entre as leis editadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em assuntos que são constitucionalmente **especificados** como de competência exclusiva de cada ente federado. Nesta hipótese, cada qual deve legislar sobre os **que** estejam incluídos entre as suas atribuições constitucionais, não havendo possibilidade jurídica da elaboração de normas **conflitantes**. Somente, em se tratando de competência concorrente, impera a prevalência da norma editada pela União, que deverá se ater à regulação geral da matéria. A União deve editar normas gerais sobre as **as** determinadas matérias, podendo os Estado suplementarem essa legislação, sendo que nessa atividade de desdobramento das normas gerais, a legislação estadual não poderá contrariar a federal já promulgada. Inexistindo legislação federal, os Estados poderão exercer a competência legislativa plena. Igual situação é **verificada** no Município que, ao legislar sobre matérias concorrentes, deverá se preocupar com a compatibilização as demais normas promulgadas.

Esse ensinamento pode ser averiguado na obra de Álvaro Lazzarini, que assim se manifesta:

"O Estado pode legislar concorrentemente com a União a respeito de Direito Urbanístico, que é capítulo do Direito Administrativo, podendo, portanto, legislar sobre prevenção de incêndios, ficando ao Município a competência de suplementar essa legislação, sempre atendendo ao fim social da propriedade (art. 5º, item XXIII, da CF de 1988), porque o urbanismo evoluiu do estético para o social"

*Maria Silvia Zanella Di Pietro, ao analisar o problema da prevenção de incêndio em face da competência do Município e do Estado, informa que:*

"não se pode invocar o interesse local do Município, referido no art. 30 da Constituição Federal, para definir a competência municipal e afastar a competência que a mesma Constituição deferiu expressamente as Polícias Militares, ambas instituições afetas ao Governo do Estado e disciplinadas por Lei Federal (art. 21, inciso XXI, da Constituição) e lei estadual (no que diz respeito as atribuições)."

*Calorosas discussões doutrinárias poderiam ser feitas sobre tão complexa situação jurídica, contudo, encerrando definitivamente esse embate, o Poder Judiciário já foi chamado para dirimir o conflito suscitado pelo Conselho Regional de Engenheiros e Arquitetos do Estado de Santa Catarina, que alegava a incompetência do Corpo de Bombeiros para atuar nas atividades de prevenção de incêndio, tendo, inclusive, chegado a aplicar multas aos integrantes do corpo técnico. Todavia, o Tribunal Regional da 4ª Região, no julgamento do Recurso de Apelação em Mandado de Segurança nº 97.04.40862-5/SC, assim decidiu:*

**"ADMINISTRATIVO. PREVENÇÃO A INCÊNDIOS. ATRIBUIÇÃO DO CORPO DE BOMBEIROS. DESCABIMENTO .DA ATUAÇÃO PELO CREA".**

O prosseguimento da conduta do CREA, atuando os integrantes do Corpo de Bombeiros que realizavam os trabalhos de prevenção de incêndios, obstacularizaria o exercício de atividades que, demais de precípua do Poder Público, da Administração, é de necessidade constante e consiste em dever do Estado tanto quanto direito da comunidade. A discussão sobre a qualificação do pessoal do Corpo de Bombeiros para a realização desses trabalhos deve ser encaminhada por via outra, que não prejudique o interesse público na manutenção da segurança.

Ao Poder Público cabe disciplinar os aspectos da segurança pública lato sensu. O Corpo de Bombeiros constitui instrumento de implementação dessa disciplina, Para tanto, recebem treinamento, realizando curso específico de formação para a atividade preventiva de incêndios.

A atuação de engenheiros e arquitetos e a dos bombeiros têm fundamentos distintos, os primeiros figurando como elaboradores, cabendo-lhes o trabalho propriamente criador, pois detêm a habilitação necessária, enquanto os bombeiros exercem a atividade específica de prevenção de incêndios, disso encarregados pela Constituição, tratando de aspectos que impedem da instrução técnica típica da engenharia ou da arquitetura, sua aquisição ocorrendo pelo treinamento específico (do Corpo de Bombeiros) e pela prática.

***Do voto proferido pela Ilustre Juíza de 2ª Instância deve ser transcrito um outro trecho da fundamentação, que muito serve para elucidar a presente questão, senão, vejamos:***

"O mais relevante, porém, a ressaltar, é que a atividade dos bombeiros não exclui a dos engenheiros, pois não se imiscuiu na área de atuação daqueles. Há fundamentos distintos a alicerçar as duas atuações: os engenheiros e arquitetos surgem como elaboradores, deles sendo o projeto, o trabalho propriamente criador, pois para isso têm a habilitação necessária; para fins específicos de prevenção de incêndio, a habilitação necessária está com os agentes públicos encarregados disso, pela Constituição. Logo, não é de realização de trabalho de engenharia ou de arquitetura que se trata, mas de desempenho do poder-dever de garantir a segurança da população, fiscalizando a observância das normas de regência.(...)

Dessa lição exsurge uma fundamental distinção entre a atividade dos profissionais inscritos no CREA e a dos bombeiros, posto que, embora seja sabido que os engenheiros ou arquitetos elaboram os projetos de prevenção de incêndio para as obras de que são responsáveis, com isso não se confunde a ação dos bombeiros, que visa no âmbito da prevenção de incêndios, não apenas a instituição de mecanismos que minimizem os risco de sua ocorrência, mas, talvez com maior ênfase, daqueles eu, diante do infortúnio, permitam a Corporação, encarregada de combatê-lo, realizar as manobras necessárias a facilitar o salvamento de pessoas e coisas. O conhecimento desses aspectos práticos certamente

não depende da instrução técnica típica da engenharia ou da arquitetura, senão que delas, em verdade, afasta-se, de sua aquisição ocorrendo pelo treinamento específico (do Corpo de Bombeiros) e pela prática."

*Assinale-se que a mesma discussão jurídica já havia sido objeto de pronunciamento da mesma Corte Judicial, na Apelação em Mandado de Segurança nº 97.04.53622-4/RS, onde litigavam o Estado do Rio Grande do Sul e o CREA/RS, tendo o seguinte resultado sido proferido:*

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MILITAR. CORPO DE BOMBEIROS. ATIVIDADES DE PREVENÇÃO CONTRA INCÊNDIO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 144, PAR. 5º. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL/RS. ART. 130. PODER DE POLICIA. Constitucionalmente, compete ao Corpo de Bombeiros militar de cada Estado, além de outras atribuições, a prevenção e a debelação de incêndios. A segurança pública está dentro do poder de polícia do Estado. Apelação e remessa oficial impróvidas".

*Após essas sucessivas derrotas judiciais, a competência constitucional dos Corpos de Bombeiros foi reconhecida, especialmente pelo CREA/SP, o qual vislumbrando o bem estar social, juntou forças com o Corpo de Bombeiros com a finalidade de aprimorar, cada vez mais o serviço técnico de prevenção contra incêndios.*

*Pensando, assim, na data de 13 de dezembro de 2002, foi celebrado um protocolo de intenções entre o Corpo de Bombeiros da polícia Militar do Estado de São Paulo e o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo reconhecendo a competência fiscalizatória do Corpo de Bombeiros e visando o aprimoramento do sistema de segurança contra incêndios, conforme se interpreta das cláusulas a seguir transcritas.*

#### "CLÁUSULA SEGUNDA

2- O CBPMESP se obriga a:

(...) 2.e – Somente aceitar processos de segurança contra incêndio e/ou outros serviços específicos de instalação e manutenção de profissionais e/ou empresas legalmente habilitados pelo CREA-SP e, que comprovem estar em dia com o pagamento da respectiva anuidade;

2.f – Garantir a participação de um representante do CREA-SP na elaboração de Instruções Técnicas do CBPMESP e, sempre que solicitado, fornecer cópia da Legislação vigente, colocando a disposição

a assessoria **técnico/administrativo** do seu corpo funcional, com referência a esta legislação (...)

#### **CLÁUSULA TERCEIRA**

3 – o CREA-SP se obriga a:

(...) 3.h – Colaborar com o CBPMESP na especialização de seus profissionais, em cursos **e/ou** estágios realizados por Universidades, Entidades, Empresas, etc., relacionados a área de segurança contra incêndio (...)

#### **CLÁUSULA QUARTA.**

4 – O CREA-SP e o CBPMESP se obrigam a:

(...) 4.d – Trocar matérias e informações referentes a processos de segurança contra incêndio, destinados aos profissionais da área técnica;

4.e – Participar de vistorias em conjunto, no âmbito de suas competências, em **edificações** que forem objeto de denúncia na área de segurança contra incêndio; (...)"

### **3. CONCLUSÃO**

Diversamente do que muitas pessoas ou entidades desejam, juridicamente, somente são competentes aqueles que a lei define como sendo. Não é a vontade de um de outro que determinará sê-10 competente ou, por um passe de mágica, deixar de sê-10. Dessa forma, a competência do Corpo de Bombeiros do Estado de São Paulo em atuar como órgão integrante do sistema de prevenção contra incêndios, nas funções de análise dos projetos de proteção e na vistoria das edificações, foi determinada pela lei maior do País e confirmada pela legislação infraconstitucional, com o fim de servir como instrumental da Administração Pública no verdadeiro exercício de proteção da vida e da incolumidade **física** das pessoas, direito fundamental expressamente garantido no artigo 5º, caput. da Constituição Federal vigente e que deve, a qualquer custo, ser garantido pelo Estado.

## VI. LEGISLAÇÃO

### a. DECRETO FEDERAL Nº 4.431, DE 18 DE OUTUBRO DE 2002

*ALTERA A REDAÇÃO DO ART. 21 DO REGULAMENTO PARA AS POLÍCIAS MILITARES E CORPO DE BOMBEIROS MILITARES (R-200), APROVADO PELO DECRETO NO 88.777, DE 30 DE SETEMBRO DE 1983.*

O PRESIDENTE DA **REPÚBLICA**, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, alínea "a", da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º- Fica alterado o art. 21 do Regulamento para as Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares (R-200), aprovado pelo Decreto no 88.777, de 30 de setembro de 1983, que passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 21. São considerados no exercício de função de natureza policial-militar ou de interesse policial-militar ou de bombeiro-militar, os militares dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios, da ativa, colocados a disposição do Governo Federal para exercerem cargo ou função nos seguintes órgãos:

1. Gabinetes da Presidência e da Vice-Presidência da República;
2. Ministério da Defesa;
3. Gabinete de Segurança Institucional;
4. Agência Brasileira de Inteligência;
5. Secretaria Nacional de Segurança Pública e Conselho Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça; e
6. Secretaria Nacional de Defesa Civil do Ministério da Integração Nacional.

"(NR)

Art. 2º- Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.  
Brasília, 18 de outubro de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Paulo de Tarso Ramos Ribeiro

Alberto Mendes Cardoso



b. PORTARIA DO CMT G Nº **PM1-005/02/02**

O Comandante Geral da Polícia Militar,

Considerando as disposições da Lei Federal nº 10.029, de 20Out00, que estabelece normas gerais para a prestação voluntária de serviços administrativos e de serviços auxiliares de saúde e de defesa civil nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares e dá outras providências.

Considerando, em especial, as disposições da Lei Estadual nº 11.064, de 08Mar02, que instituiu o Serviço Auxiliar Voluntário na Polícia Militar do Estado.

Considerando que o legislador estadual diante da impossibilidade de normatizar as inúmeras situações que implicam no funcionamento do Serviço Auxiliar Voluntário delegou ao Comandante Geral da Polícia Militar a capacidade de determinar a aplicação, ao Soldado Policial Militar Temporário, de normas legais e regulamentares, total ou parcialmente, observado sempre o interesse público.

Considerando que tal delegação (artigo 13 da Lei nº 11.064/02) tem finalidade estritamente, **funcional** e complementar, não autorizando a criação ou extensão de direitos e garantias ao Soldado Policial Militar Temporário, prerrogativa reservada constitucionalmente aos Poderes Legislativo, Judiciário e ao Chefe do Poder Executivo, conforme o caso.

Considerando o disposto no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 11.064/02, o qual sujeita o integrante do Serviço Auxiliar Voluntário as normas aplicáveis aos integrantes da Polícia Militar do Estado, no que couber.

BAIXA neste ato, para conhecimento e devida execução, instruções complementares necessárias a aplicação do disposto na Lei nº 11.064/02, as quais se constituem em definições, interpretações, procedimentos, modelos de documentos e formulários, que serão revistos, ampliados, aperfeiçoados e republicados, até que ocorra a ampla assimilação da inovadora legislação do Serviço Auxiliar Voluntário na Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Artigo 1º O Serviço Auxiliar Voluntário (SAV) objetiva proporcionar a ocupação, qualificação profissional e renda aos jovens maiores de 18 (dezoito) e menores de 23 (vinte e três) anos, contribuindo para evitar o seu envolvimento em atividades anti-sociais, bem como para aumentar o contingente de policiais nas atividades diretamente ligadas a segurança da população.

Artigo 2º O SAV, de natureza profissionalizante, tem por finalidade a execução voluntária de serviço em atividades administrativas, de saúde e de defesa civil no âmbito da Polícia Militar do Estado de São Paulo, sendo o voluntário, uma vez satisfeitos os requisitos da lei e desta portaria, denominado Soldado Policial Militar Temporário (Sd PM Temp).

Artigo 3º O Sd PM Temp tem regime jurídico especial nos termos da Lei Federal nº 10.029/100 e da Lei Estadual nº 11.064/02 que não se confunde com o regime jurídico dos militares estaduais e suas garantias e direitos.

Parágrafo único. O Sd PM Temp é considerado agente público credenciado para as habilitações indicadas nesta Portaria, remunerado por auxílio indenizatório, a serviço da Administração.

Artigo 4º O Sd PM Temp integra a PM, por intermédio do SAV, nas condições especiais descritas no artigo anterior.

Artigo 5º O tratamento dispensado ao Sd PM Temp deve objetivar que ele, vencido seu tempo de serviço, retorne ao meio civil levando os valores da Instituição, com orgulho de nela ter servido em prol da coletividade e sentindo-se melhor preparado para os desafios da vida.

Artigo 6º O interessado em exercer atividades no SAV deverá inscrever-se nas Organizações Policiais Militares (OPM) designadas e que serão divulgadas pelos meios de comunicação social, submetendo-se a seleção que constará de **edital** a ser publicado no órgão oficial do Estado.

Artigo 7º Poderão inscrever-se homens maiores de dezoito e menores de vinte e três anos, que excederem as necessidades de incorporação das Forças Armadas, e mulheres que estejam nessa mesma faixa etária, que deverão, ainda, satisfazer os seguintes requisitos:

- I – estar em dia com as obrigações eleitorais;
- II – ter concluído o ensino **fundamental**;

III – ter boa saúde, comprovada mediante apresentação de atestado de saúde expedido por órgão de saúde pública ou realização de exame médico e odontológico na Polícia Militar, a critério desta;

IV – ter aptidão física, comprovada por testes realizados na Polícia Militar;

V – não registrar antecedentes criminais, situação que será comprovada mediante a apresentação de certidões expedidas pelos órgãos policiais e judiciários estaduais e federais, sem prejuízo de investigação social realizada pela Polícia Militar, a critério desta;

VI – estar classificado dentro do número de vagas oferecidas no edital da respectiva seleção;

VII – estar em situação de desemprego;

VIII – não ser beneficiário de qualquer outro programa assistencial;

e

IX – não haver outro beneficiário do SAV, no seu núcleo familiar.

Artigo 8º O ingresso no SAV dar-se-á mediante aprovação em provas de seleção, sendo que os aprovados frequentarão Curso Específico de Treinamento, ministrado nas Organizações Policiais Militares (OPM), ocasião em que o candidato terá verificado o preenchimento dos seguintes requisitos:

I – conduta ilibada, na vida pública e privada;

II – idoneidade;

III – disciplina;

IV – aproveitamento escolar;

V – aptidão para o desempenho de pelo menos uma das atividades do SAV;

VI – dedicação ao serviço que lhe for designado executar;

VII – adequação física e mental para o exercício das atividades; e

VIII – perfil psicológico compatível com o desempenho da atividade.

§ 1º A apuração da conduta e da idoneidade de que tratam os incisos I e II deste artigo, abrangerá também o tempo anterior ao ingresso no SAV e será efetuada pela 2ª Seção do Estado-Maior da Polícia Militar (2ª EM/PM), em caráter sigiloso.

§ 2º O curso específico de treinamento a que se refere este artigo, dar-se-á em caráter de estágio inicial de 60 (sessenta) dias de treinamento destinado a adaptação, conhecimento da instituição e formação

profissional e mais **30** (trinta) dias de estágio prático na OPM em que for designado.

§ 3º Por ocasião da realização do estágio prático na OPM em que for designado para servir, o Sd PM Temp participará, diariamente, das atividades que irá desenvolver, acompanhado por militar estadual.

Artigo 9º O voluntário será admitido para a prestação do SAV por período de 1 (um) ano, prorrogável por igual período, desde que haja manifestação expressa do Sd PM Temp e interesse da Polícia Militar.

§ 1º A manifestação expressa de vontade deverá ser formulada mediante requerimento endereçado ao Comandante, Diretor ou Chefe (Cmt, Dir ou Ch) da OPM onde o Sd PM Temp estiver exercendo suas atividades.

§ 2º O requerimento contendo o pedido de prorrogação deverá ser protocolado na OPM com pelo menos **60** (sessenta) dias de antecedência da data de encerramento do período inicial do SAV (Anexo "A").

§ 3º O requerimento, devidamente instruído com manifestação favorável, ou desfavorável do Cmt, Dir ou Ch da OPM, avaliando a conveniência da prorrogação do período de prestação do SAV, deverá ser encaminhado ao Diretor de Pessoal em 5 (cinco) dias para decisão e publicação.

§ 4º Esgotado o prazo previsto no "caput" deste artigo, não havendo manifestação expressa do Sd PM Temp ou não havendo interesse da Polícia Militar pela prorrogação, ou ainda, não sendo mais possível a prorrogação, o Sd PM Temp será desligado do SAV de ofício, por ato do Diretor de Pessoal.

Artigo 10. O Sd PM Temp poderá ser desligado do SAV antes do cumprimento do prazo estabelecido no artigo anterior, nos seguintes casos:

I – a qualquer tempo, mediante requerimento do interessado (Anexo "B");

II – pela não conclusão com aproveitamento do curso específico de treinamento;

III - por deliberação do órgão de saúde da Polícia Militar quando ficar impedido de participar das atividades curriculares do curso específico de treinamento, pelo prazo fixado em diretrizes próprias;

IV – ficar afastado por problemas de saúde por mais de **60** (sessenta) dias, contínuos ou não, no decorrer de um ano;

V – for considerado incapaz fisicamente para o serviço;

VI – quando apresentar conduta incompatível com os serviços prestados, e

VII – em razão da natureza do serviço prestado.

§ 1º Não se aplica o disposto no inciso III deste artigo, quando o impedimento for decorrente de atividades curriculares, sendo o Sd PM Temp afastado e, cessado o motivo, reincluído no mesmo curso ou nos subsequentes.

§ 2º Não se aplica também o disposto nos incisos III e IV quando o impedimento for decorrente de gravidez ou licença gestante, sendo que o Sd PM Temp desligado do Curso Específico de Treinamento ficará prestando serviço administrativo na OPM formadora até que cesse o seu impedimento, quando então será reincluído no curso subsequente.

Artigo 11. O desligamento referido no artigo anterior dar-se-á por meio de dispensa do Sd PM Temp do SAV, mediante ofício motivado e endereçado ao DP, sem quaisquer formalidades administrativas-processual, na ocorrência das hipóteses estabelecidas no artigo 7º da Lei nº 11.064, de 8 de março de 2002 (Anexo "C").

§ 1º O desligamento do Sd PM Temp que apresentar conduta incompatível com os serviços prestados, tanto durante quanto após o curso específico de treinamento, deve basear-se em motivos e fatos reais que revelem inaptidão ou desídia, defeitos, esses, apuráveis e comprováveis pelos meios administrativos consentâneos, semelhantes a apuração de transgressão disciplinar.

§ 2º O Cmt, Dir ou Ch da OPM onde o Sd PM Temp estiver exercendo suas atividades são competentes para dar início ao ato de desligamento, devendo fundamentar sua decisão na ocorrência de uma, ou mais, situações estabelecidas no artigo 7º da Lei nº 11.064, de 8 de março de 2002, dando ciência ao interessado e publicidade deste ato, através de afixação em quadro de aviso da OPM, sem a necessidade de publicação em boletim interno.

§ 3º Ao término das apurações, o Comandante, Dir ou Ch da OPM, por meio de ofício devidamente fundamentado, encaminhará o procedimento contendo a proposta de desligamento ao Diretor de Pessoal da Corporação, a quem compete praticar o ato de desligamento (Anexo "D").

§ 4º Para desligamento do Sd PM Temporário, motivado por assunto relacionado a Investigação Social, a OPM do interessado remeterá os documentos para análise e decisão do Subcomandante PM, via 2ª EM/PM, ficando esta encarregada de providenciar o encaminhamento a DP, se decidido pelo desligamento. 1

Artigo 12. Para os fins previstos no artigo anterior e, em consonância com o disposto no inciso III do artigo 7º da Lei nº 11.064/02, considera-se conduta incompatível, ensejando o desligamento do SAV, o cometimento de transgressão disciplinar nos termos do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, instituído pela Lei Complementar nº 893, de 09Mar01, na seguinte conformidade:

I - a prática, a qualquer tempo, de transgressão disciplinar classificada como Grave (G);

II - a prática, dentro do período de um ano, de duas transgressões disciplinares classificadas como Média (M), ou a prática de uma transgressão disciplinar classificada como Média (M) e duas transgressões disciplinares classificadas como Leves (L); e

III - a prática, dentro do período de um ano, de quatro transgressões disciplinares classificadas como Leves (L).

§ 1º Qualquer das Autoridades Administrativas arroladas no artigo 31 da Lei Complementar nº 893, de 9 de março de 2001, a quem o Sd PM Temp estiver subordinado deve determinar a apuração da transgressão disciplinar por este cometida, nos termos dos artigos 27 a 29 da mencionada lei e, comprovando tratar-se de transgressão de natureza grave proporá o seu desligamento.

§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos II e III deste artigo, a última transgressão disciplinar cometida dentro dos limites estabelecidos, o Cmt, Dir ou Ch deixará de aplicar a punição correspondente, propondo o desligamento do Sd PM Temp.

Artigo 13. O Cmt, Dir ou Ch da OPM providenciará o arquivamento dos documentos, registrando os fatos determinantes do desligamento, fornecendo cópia ao interessado, ou seu representante legal, e encaminhará cópia de toda a documentação ao Diretor de Pessoal, que providenciará a preparação e a publicidade do ato de desligamento.

Artigo 14. O afastamento por motivo de saúde será autorizado pelo Cmt, Dir ou Ch da OPM, mediante a expedição de parecer firmado por Oficial médico do Centro Médico da Polícia Militar ou de uma de suas Unidades Integradas de Saúde, conforme Decreto nº 25.061, de 25 de outubro de 1955 e normas internas da Corporação que regulam o assunto, observados os limites estabelecidos nesta Portaria.

Artigo 15. O Sd PM Temp fará jus ao recebimento de auxílio mensal, de natureza jurídica indenizatória, equivalente a 2 (dois) salários mínimos, destinado ao custeio das despesas necessárias a execução dos serviços a que se refere a Lei.

Artigo 16. O Sd PM Temp estará sujeito as disposições das leis penais e processuais penais militares e da Lei Complementar nº 893, de 9 de março de 2001, que institui o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, desde que não contrariem a Lei Federal nº 10.029/00, a Lei Estadual nº 11.064/02 e o disposto nas Portarias que disciplinam o SAV.

Parágrafo único. Será recolhido em prisão comum, a disposição da autoridade competente, quando sujeito ao cumprimento de penas privativas de liberdade, antes de condenação definitiva, pela prática de delitos não previstos na legislação penal militar. 1

Artigo 17. Ao Sd PM Temp, em face das disposições da Lei Federal nº 10.029, de 20 e outubro de 2000 e da Lei nº 11.064, de 8 de março de 2002, não se aplicam as disposições da:

I – Lei nº 10.291, de 26 de novembro de 1968, que institui na Secretaria da Segurança Pública o Regime Especial de Trabalho Policial para os ocupantes de cargos, funções, postos e graduações que especifica;

II – Lei Complementar nº 731, de 26 de outubro de 1993, que dispõe sobre os vencimentos e vantagens pecuniárias dos integrantes da Polícia Civil e da Polícia Militar;

III – Lei Complementar nº 432, de 18 de dezembro de 1985, que dispõe sobre a concessão de adicional de insalubridade aos funcionários e servidores da Administração Centralizada e das Autarquias do Estado e dá outras providências; e

IV – Lei Complementar nº 873, de 27 de junho de 2000, que institui Gratificação por Atividades de Polícia – **GAP** para os servidores que especifica e dá providências correlatas

Artigo 18. São direitos do Sd PM Temp:

I – frequência a curso específico de treinamento, a ser ministrado pelas Organizações Policiais Militares, cuja duração será de 90 (noventa) dias;

II – auxílio mensal equivalente a 2 (dois) salários mínimos, de natureza indenizatória, vedada a aplicação de quaisquer disposições da legislação que estabeleça algum tipo de benefício pecuniário aos integrantes da Polícia Militar;

III – auxílio-alimentação, instituído pela Lei nº 7.524 e regulamentado pelo Decreto nº 34.064, ambos de 28 de dezembro de 1991;

IV – uso de uniforme, com identificação ostensiva da condição de Soldado PM Temporário, e equipamentos necessários, exclusivamente em serviço,

V – contar, como título, em concurso público para Soldado PM de 2ª Classe, 1 (um) ponto para cada ano de serviço prestado; e

VI – assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada pela Polícia Militar, não extensiva a seus dependentes e que cessa com o seu desligamento.

§ 1º Em consonância com a legislação vigente para os policiais militares, aplicam-se aos Sd PM Temp as normas relativas aos seguintes institutos:

I – férias remuneradas, nos casos de prorrogação de período;

II – elogios e dispensa do serviço, nos termos do RDPM;

III – licença-gestante; e

IV – licença-paternidade.

§ 2º Em caso de núpcias ou falecimento de um familiar, parente ou afim, o Cmt, Dir ou Ch da OPM concederá dispensa do serviço até o limite de 03 (três) dias. Posteriormente, encaminhará cópia reprográfica autenticada da Certidão de Casamento ou Óbito, para regularizar, em sua ficha de controle, os dias em que esteve dispensado.

§ 3º O Sd PM Temp desligado do SAV deverá devolver no P/4 da OPM onde estiver desenvolvendo suas atividades o uniforme, documento de identificação funcional e todo o material ou equipamento que lhe tiver sido fornecido durante sua permanência na Corporação.

§ 4º O Sd PM Temp que por ocasião do desligamento estiver internado no Centro Médico deverá ser transferido para Unidade Hospitalar da Rede Pública, salvo se houver contra-indicação médica.

Artigo 19. O Sd PM Temp terá direito a contratação de Seguro de Acidentes Pessoais destinado a cobrir os riscos do exercício das respectivas atividades que desenvolverá no âmbito da Polícia Militar.

Artigo 20. O Sd PM Temp exercerá suas atividades na região onde foi efetuada a sua inscrição para o SAV, podendo ser removido para outra OPM, quando a atividade que exerce for **remanejada** ou extinta, ou quando houver interesse da Administração policial-militar.

§ 1º Para o atendimento do pedido de movimentação do Sd PM Temp o Cmt, Dir ou Ch da OPM levará em consideração, primeiramente, a conveniência da movimentação para o serviço policial-militar; a existência de vaga na OPM de destino e, finalmente, a conveniência da movimentação para o Sd PM Temp.1

§ 2º O pedido de movimentação deverá ser encaminhado pelo Cmt, Dir ou Ch da OPM diretamente ao Diretor de Pessoal, que deliberará sobre o assunto e adotará as providências para publicação em Boletim Geral.1

§ 3º Para a mudança de habilidade do Sd PM Temporário o Cmt, Dir ou Ch da OPM levará em consideração, primeiramente, a conveniência da mudança de habilidade para o serviço policial-militar e, em seguida, a conveniência da mudança para o Sd PM Temporário.1

§ 4º O ato de mudança de habilidade deverá ser anotado na Ficha de Controle do Sd PM Temp que será remetida a DP, através de meio eletrônico, por ocasião do encerramento do respectivo período no SAV.1

Artigo 21. O Sd PM Temp sujeitar-se-á a jornada de 40 (quarenta) horas de trabalho semanal, executando atividades administrativas, de saúde e de defesa civil, nas seguintes habilidades:

- I – auxiliar administrativo;
- II – auxiliar de informática;
- III – auxiliar almoxarife;
- IV – auxiliar de saúde;
- V – auxiliar de cozinha;
- VI – auxiliar de manutenção de instalações;
- VII– auxiliar de manutenção de viaturas;
- VIII– auxiliar de Centro de Operações Policiais;

IX – atendente de telecomunicações;

X – atendente do público; e

XI – guarda de quartel e outras instalações estaduais.

§ 1º No desenvolvimento de quaisquer dessas atividades o Sd PM Temp ficará sujeito, no que couber, as normas aplicáveis aos integrantes da Polícia Militar que desenvolvam atividades semelhantes.

§ 2º No exercício de suas atividades, ficam vedados ao Sd PM Temp nas vias públicas, sob quaisquer hipóteses, o porte ou o uso de arma de fogo e o exercício do poder de polícia.

§ 3º A qualquer título fica vedado o emprego de Sd PM Temp fora do âmbito da OPM ainda que embarcado e acompanhado.1

§ 4º O Sd PM Temp, ainda que empregado no serviço de guarda de quartel, serviço de dia das OPM ou de outras instalações estaduais, não poderá ser designado para funcionar como encarregado do armamento ali existente.1

§ 5º No desenvolvimento da atividade de atendimento ao público, fica terminantemente proibido o emprego do Sd PM Temp nos Postos Policiais, Bases Comunitárias de Segurança (BCS) e similares.1

§ 6º Observado o disposto no artigo 121 da Lei nº 10.261, de 28Out68 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado), regulamentado pelo Decreto nº 52.810, de 06Out71, alterado pelos Decretos nº 52.831, de 16Nov71, 52.926, de 20Abr72, 52.932, de 05Mai72 e 10.135, de 17Ago77, o Sd PM Temp poderá ser autorizado pelo Cmt, Dir ou Ch da OPM, a desenvolver suas atividades no horário das 08:30 as 17:30 horas, de segunda a sexta-feira, com 1 (uma) hora de intervalo para almoço, totalizando as 40 (quarenta) horas semanais estabelecidas no artigo 9º da Lei nº 11.064/02.1

Artigo 22. O Sd PM Temp somente poderá utilizar arma de fogo quando no exercício da atividade descrita no inciso XI do artigo anterior, mediante autorização do Cmt, Dir ou Ch da OPM em que estiver servindo e desde que tenha sido previamente aprovado em Teste de Aptidão de Tiro (TAT) e exames psicológicos realizados na PMESP.

§ 1º O porte e o uso de arma de fogo estará restrito ao exercício da atividade de guarda de quartel e de outras instalações estaduais em que, por força da legislação vigente, a Polícia Militar mantenha efetivo policial para o desenvolvimento de atividades específicas, vedando-se

qualquer deslocamento armado em via pública, mesmo que no interior de viatura policial.

§ 2º É vedada a expedição de autorização para aquisição de arma de fogo ao Sd PM Temp.

§ 3º Quando no desenvolvimento da atividade de guarda de quartel e outras instalações estaduais, o Sd PM Temp deverá estar sempre sob comando e supervisão direta de graduados.

§ 4º A instrução de tiro, bem como o TAT aplicar-se-á apenas aos Sd PM Temp que forem empregados na atividade de guarda de quartel e outras instalações estaduais e na forma do cumculo do SAV. 1

Artigo 23. O Sd PM Temp poderá ser responsabilizado por prejuízos que causar a Polícia Militar, por dolo, imprudência, imperícia ou negligência no desempenho de suas atividades, aplicando-se as disposições do Código Civil Brasileiro, devendo a apuração dos fatos ser realizada por meio de sindicância.

Artigo 24. Compete a Diretoria de Ensino e Instrução:

I – prever a carga horária e as matérias a serem ministradas no Curso Específico de Treinamento, para que a finalidade e os objetivos da Lei nº 11.064/02 sejam alcançados, conforme o preconizado no artigo 2º e 3º do mencionado diploma;

II – acompanhar o andamento dos vários Cursos Específicos de Treinamento, que estarão sendo desenvolvidos simultaneamente em todo Estado; e

III – distribuir o efetivo para fins de frequência no Curso Específico de Treinamento de Sd PM Temp, nos OAE e nas OPM que comportem a referida formação.

Artigo 25. Compete a Diretoria de Apoio Logístico a realização de estudos visando a definição, aprovação, aquisição e distribuição de uniformes e equipamentos que serão utilizados pelos integrantes do SAV na Corporação.

Artigo 26. Compete a Diretoria de Sistemas a inclusão dos dados pessoais dos Sd PM Temp no sistema informatizado da Corporação, mediante formulário específico para esse fim, devendo desenvolver, conjuntamente com a Diretoria de Pessoal estudos e aplicativos, que viabilizem o controle e a administração, pelos vários órgãos da Corporação, dos integrantes do SAV, bem como o programa para

elaboração e implementação do comprovante mensal do auxílio de natureza jurídica indenizatória.

Artigo 27. Compete a Diretoria de Saúde o fiel cumprimento das determinações que envolvem as OPM subordinadas, viabilizando o processo seletivo e a assistência médica, hospitalar e odontológica, aos integrantes do SAV.

Parágrafo único. Abrir-se-á a ficha médica ou odontológica simplificada do Sd PM Temp quando este comparecer ao médico ou ao dentista, sendo que ao término do respectivo período no SAV a ficha será remetida ao DAME do Centro Médico ou Centro Odontológico, respectivamente, onde permanecerá arquivada.

Artigo 28. Compete a Diretoria de Finanças providenciar a adequada dotação orçamentária para as despesas decorrentes da aquisição de equipamentos, utensílios e uniformes destinados aos integrantes do SAV, bem como créditos futuros destinados ao auxílio mensal, de natureza jurídica indenizatória, fixado em 02 (dois) salários mínimos, bem como auxílio alimentação, instituído pela Lei nº 7.524 e regulamentada pelo Decreto nº 34.064, ambos de 28 de dezembro de 1991.

Artigo 29. Compete a Corregedoria PM providenciar a identificação fotográfica e datiloscópica dos Sd PM Temp.

Artigo 30. Compete a Diretoria de Pessoal:

I – cadastrar e controlar a situação administrativa dos integrantes do SAV;

II – atribuir o RE aos Sd PM Temp;

III – fornecer a identidade funcional aos Sd PM Temp, conforme modelo Anexo " E ; e

IV – realizar, por turmas, após 8 (oito) meses de integração dos Sd PM Temp na Corporação, o censo visando preparar a substituição daqueles que deixarão a Corporação ao final do período de 1 (um) ano.

Artigo 31. Não será aberta Pasta Individual (PI) para o Sd PM Temp devendo os atos administrativos e disciplinares serem anotados em uma Ficha de Controle que será remetida a DP através de meio eletrônico quando do encerramento do respectivo período no SAV.

Artigo 32. Compete aos Comandantes, Diretores ou Chefes de OPM:

I – providenciar para que o demonstrativo da jornada de trabalho dos integrantes do SAV seja elaborado conforme padrão adotado na Corporação, Anexo "F", da presente Portaria, não permitindo tais lançamentos nas escalas normais do Serviço Policial Militar;

II - providenciar para que a jornada de trabalho do serviço auxiliar voluntário seja de **40** (quarenta) horas semanais, em horário de expediente, ou turnos diurnos de **8** (oito) horas, incluindo feriados e finais de semana, ressalvado o serviço de guarda e atendente de telecomunicações.

III – fiscalizar o emprego dos integrantes do SAV, para que seja feito exclusivamente nas atividades para as quais se voluntariaram;

IV – não permitir o emprego do Sd PM Temp nos serviços de rádio-operador, ou em qualquer outra atividade operacional,

V – coibir qualquer transporte ou utilização, pelo Sd PM Temp, de viaturas operacionais, embarcações e aeronaves, restringindo, ao máximo, o seu deslocamento em viatura da Corporação;

VI – providenciar para que os Sd PM Temp prestem serviços auxiliares sob responsabilidade direta de, no mínimo, um Cabo PM; e

VII – providenciar identificação do Sd PM Temp, conforme previsto no item 1 do Boletim Geral nº 64/2002.

Artigo 33. Compete a Diretoria de Assuntos Municipais e Comunitários (DAMCO) orientar os Cmt das OPM **sediadas** em municípios que se predisponham a responsabilizar-se pelos custos dos Sd PM Temp em exercício nas OPM **sediadas** nos respectivos territórios, mediante a formalização de convênios.

Parágrafo único. A DAMCO, em coordenação com os demais órgãos próprios da Corporação, zelará para que a Polícia Militar, mediante planejamento estratégico, observadas as prioridades administrativas e a disponibilidade de recursos, empregue os policiais militares substituídos pelos Sd PM Temp em atividades operacionais do município conveniado, na forma a ser definida no convênio.

Artigo 34. Estas instruções entram em vigor na data de sua publicação.

Publique-se, cumpra-se.

São Paulo, 22 de julho de 2002.

**ALBERTO SILVEIRA RODRIGUES**

**Coronel PM Comandante Geral**

**Responsável pela lavratura do ato.    Responsável pela conferência do ato.**

**JOSÉ KIYOSHI TANIGUCHI**  
**Maj PM Ch Interino da 1ª EM/PM**

**FERNANDOPEREIRA**  
**Cel PM Subcomandante**

## VII. JURISPRUDÊNCIA

### a. PROCESSO Nº 27.878100 SENTENÇA REGISTRADA SOB Nº 23102

#### SENTENÇA

##### I

Vistos etc...

##### II

O oficial qualificado nos autos a fls. 168, foi denunciado perante esta 1ª Auditoria da Polícia Militar do Estado de São Paulo, como incurso nas combinações do *artigo* 204 do Código Penal Militar.

##### III

A requista peça exordial foi recebida no dia 11 de setembro de 2000 (04/09/00), nas Comarcas de São José dos Campos e São Paulo, atua como sócio gerente da empresa GESPEC do BRASIL LTDA., nos termos da certidão da Junta Comercial do Estado de São Paulo de fls 3914.1.

Segundo apurado no incluso inquérito policial militar , o denunciado ofereceu serviço de segurança da sua empresa para o Sr. Vanderlei Bertolazzi, gerente de Segurança do Shopping Ibirapuera, subscrevendo a proposta de fl. **14116**.

No corpo da referida proposta (fls. 15) constava que o serviço de segurança seria feito com policiais a paisana ou ostensivos, de acordo com a necessidade.

O referido civil, previamente informado pelo Maj PM Parra de que a Polícia Militar não poderia atuar no interior de uma empresa privada, noticiou as irregularidades ao Comandante do 22º BPM/M.

No curso das investigações apurou-se que o denunciado efetivamente era sócio gerente da GESPEC.

##### IV

Foi procedido o Conselho Especial de Justiça (fl. 153), tendo o mesmo tomado posse e compromissado-se nos termos da lei (fl. 167).

A instrução, na fase judicial, iniciou-se com o interrogatório de fls. 168.

•

A defesa requereu a aplicação da *suspensão do processo*, nos termos da Lei nº 9.099/95 (fl. 167), tendo Ministério Público manifestado-se *contrariamente* ao benefício (fl. 171), levando o Conselho Especial de Justiça a *indeferir* a suspensão do processo requerida (fl. 1801183).

Houve recurso por parte da defesa quanto a decisão do Conselho Especial de Justiça, o qual foi recebido a fls. 2011202, tendo sido remetido ao E. TJM em 22.03.2001 (fl. 218) e naquele Órgão recebido o número 4975 – Rel. *Avivandi Nogueira*.

Foram ouvidas quatro testemunhas na peça vestibular (fls. 221, 222,224 e 234).

## V

A Defesa foi instada para se manifestar nos termos do artigo 417, § 2º do CPPM (fl. 235), tendo apresentou o rol de suas testemunhas (fl. 239), as quais acabaram não sendo ouvidas por *não serem localizadas*, desistindo a Defesa de seus depoimentos (fls. 259 e 262).

## VI

Em seguida, o Ministério Público e a Defesa intimados, nos termos do artigo 427 do Código de Processo Penal Militar, para requererem o que de direito, nada sendo requerido pelo *Parquet* (fl. 263 vº), enquanto a defesa deixou transcorrer *in albis* o referido prazo processual (fl. 264).

## VII

Ato contínuo foram os autos a Promotoria e depois para a Defesa, a fim de apresentarem, querendo, alegações escritas, tendo o Ministério Público ofertado-as a fls. 2661268, enquanto a Defesa deixou transcorrer *in albis* o referido prazo processual (fl. 270).

Após a *primeira designação* de julgamento, a *defesa requereu a aplicação da suspensão do processo, nos termos da Lei nº 9.099/95*, agora em face de advento da Lei nº 10.259/01 (fls. 303/304), ensejando o *despacho monocrático* do Juiz-Auditor substituto (fls. 3051308) *indeferido* o requerido, medida esta acolhida pelo Conselho de justiça (fls. 3101312).

Por ocasião da segunda designação de Julgamento, *a defesa requereu a oitiva de testemunha*, justificando tal pedido com a *declaração* prestada pela mesma extrajudicialmente (fls. 3191321). O Ministério Público manifestou-se pelo indeferimento do pedido, requerendo, no entanto, a manutenção da declaração *trazida* pela Defesa

a fim de ser **valorizada** pelo Conselho de Justiça. O requerido ensejou o despacho monocrático do Juiz-auditor Substituto (fls. 323/324), **indeferindo o pedido**, porém autorizando a permanência da referida declaração.

### VIII

Na sessão de Julgamento, perante o Conselho de Justiça a representante do **Parquet** requereu a **condenação**. Para o Ministério Público as provas contidas nos autos são **consistentes**.

A Dra. **Nilza Russo Ferreira**, Promotora de Justiça, afirmou que os fatos das denúncias surgiram em virtude do **Shopping** Ibirapuera, Vanderlei **Bertolazzo** (fl.121), o qual recebeu um **fax** do acusado para aquele fim.

Segundo o acusado, o **fax** não foi elaborado pelo mesmo. Ocorreu que a empresa que ofertou os serviços de segurança era a empresa do acusado.

A fl. 40, há certidão da Junta Comercial atestando que a empresa GESPEC do BRASIL LTDA, tinha dois sócios gerentes, o acusado e a Sra. Debora, situação essa que veio a ser confirmada posteriormente pela declaração de fl. 321.

Mas não é só a certidão da Junta Comercial que comprova os fatos, há o depoimento do policial militar Sebastião **que**, foi empregado e remunerado em espécie pelo acusado, assim como outros policiais militares, quando exerceu os serviços de segurança no **Shopping** Interlagos.

O tipo de artigo 204 do CPM, define três condutas alternativas: **comerciar, administrar e gerenciar atividade comercial**.

As três condutas **podem** ter contornos distintos. Não precisaria o Oficial figurar no contrato social, bastando que praticasse a gerência da empresa, fato este suficiente para a caracterização do delito.

A vedação ao exercício do comércio é prevista em toda legislação dos servidores públicos, tanto para a faxineira como para o Presidente da República.

Se o servidor público for acionista da empresa, ele receberá os dividendos do seu investimento. Da mesma forma o quotista.

O quotista ou acionista integram a sociedade apenas com o capital investido, daí **usufruindo** os dividendos do investimento naquele negócio, mas **vedando-se para ambos o seu trabalho na empresa**.

Ocorre que esta regra transformou-se em crime militar, para os Oficiais das Forças Armadas e das Polícias Militares.

Não consta nos autos, o contrato social elaborado pelo réu, mas há a certidão de que o réu gerenciava empresa.

Não se tem no documento a que se refere a declaração de fl. 321, o alcance de beneficiar o acusado. O equívoco do contador, se houve, está a margem desta discussão

O contador ao preparar o contrato social, levou em consideração a legislação comercial e tributária, não lhe sendo exigível dominar a legislação militar.

Se a sociedade é de responsabilidade limitada, não é o contador que devia dizer ao Oficial, como ele deveria ficar perante a legislação militar

Se o sócio gerente administra bens, pessoal e investimentos, essa situação jamais permitiria ao acusado, desconhecer vedação da legislação militar.

Se uma pessoa empresta o seu nome para a formação de uma **e.presa**, ou uma sociedade comercial (um bar, um mercadinho etc) e comum até a essa pessoa entrar com o capital social equivalente a 1%, enquanto o seu sócio com 99%, isto porque a legislação exige que a empresa não pode ser unipessoal.

Às vezes até a pessoa que emprestou o nome para aquele fim, se desinteressa do rumo daquele negocio, nem sabe onde ele se situa e como anda, o que é bem diverso daquele que gerencia a empresa.

Há uma coincidência importante nestes autos, pois o acusado empregava um policial militar noutra **Shopping**, com o mesmo **modus operandi**, oferecido no **fax** ao gerente do **Shopping** Ibirapuera.

O Shopping Interlagos não era e, nem pertence a área de trabalho do acusado e, nem ficava perto de sua residência, logo, é de se concluir que o acusado era dado a prática dos atos de comércio.

Assim, é irrelevante a opinião do contador do acusado na declaração juntada aos autos.

Requeru o Ministério Público **a condenação** do acusado, nos termos da inicial.

A Defesa, por sua vez, na sustentação oral, discordou, **in totum**, da postulação ministerial e requereu a **absolvição** do acusado.

O Dr. **Clauder Corrêa Marino** requereu, **inicialmente**, que a discussão do caso fique fiel ao descrito na denúncia

Se houve outro fato típico, era caso até de aditamento.

Assim, o fato do agenciamento de policial militar no *Shopping Interlagos*, **não é objeto do fato descrito na denúncia.**

A denúncia será relacionada a certidão da Junta Comercial.

**No mérito**, é de se lembrar que o Direito não é uma ciência exata, portanto, não pode os termos **frios** de uma certidão da GESPEC, permitir uma conclusão sobre a conduta do acusado.

**O** acusado consultou o seu contador e este, ao declarar o contrato social, cometeu um engano, um erro.

**O** acusado não está livre de cometer equívoco, como qualquer pessoa, mas o erro foi assumido pelo contador.

**O** acusado supôs que estivesse agindo corretamente e, houve o equívoco usando do registro da empresa.

Houve uma falha humana e o contador admitiu o erro ao elaborar o contrato da empresa, mas disse que assim que o fato foi detectado, foi corrigido e que o acusado nunca assinou em nome da empresa.

A palavra isolada tem um sentido, mas o contexto ali adquire outro.

A declaração do contador comprova **que o acusado não agiu com dolo.**

Requereu a **absolvição do acusado, nos termos do artigo 439, alínea “b”, do CPPM.**

**Na réplica**, disse a Dra. Promotora de Justiça que o exame pericial não foi elaborado no **fax** por impossibilidade técnica, mas que o exame pericial é uma das provas de convencimento do Julgador, não a única.

Disse que até nos casos de estupro, quando ausente o laudo pericial ou quando este é inconclusivo, a palavra da vítima é suficiente para a condenação.

**O** próprio Ministério Público já requereu a absolvição do acusado que figurava positivamente como autor do falso na perícia, e este é um exemplo que o laudo pericial é apenas uma das provas de convencimento do Juiz.

A Defesa não fez prova de quem elaborou o documento enviado ao gerente do *Shopping* com o papel timbrado da empresa do acusado e com a sua assinatura.

A gerência da empresa pelo acusado foi provada por documento e por testemunha.

O erro não aproveita ao acusado, pois este é vedado nos crimes contra o dever militar.

*Reiterou, assim, o Ministério Público o seu requerimento condenatório.*

*Na tréplica, a Defesa afirmou que o documento passado por fax é uma montagem.*

Há de se distinguir o trabalhar mal e o descumprimento de ordem, como no caso, o erro e o dolo.

*Requeriu, ao final, a absolvição do acusado por atipicidade da conduta que **lhe** é imputada, nos termos já requeridos.*

## X

### RELATADOS. DECIDIU-SE.

O Conselho de Justiça entendeu que assistia razão ao Ministério Público.

O acusado de ser condenado.

A ação penal é procedente.

Comprovou-se nos autos que o acusado *figurou como sócio gerente* da empresa GESPEC do BRASIL LTDA., durante pelo menos *cinco anos, além de ter praticado a preparação, formação e treinamento de empregados daquela empresa na atividade comercial negociada pelo próprio acusado, junto a terceiros, tudo com retomo comercial a empresa do acusado, caracterizando não só a gerência como a participação em sociedade comercial.* Ensejando o édito condenatório.

A denúncia descreve *duas condutas* amoldáveis ao tipo penal do artigo 204 do Código Penal Militar: *figurar como sócio gerente da empresa comercial discriminada e oferecimento de serviços de segurança a ser feito por policiais militares a paisana ou ostensivos, de acordo com a necessidade.* Dessas condutas, ficou bem provada a primeira - *atuar como sócio gerente* - não ficando provada patentemente a segunda, a qual, pela prova colhida, foi aproveitada como indício a consolidar a primeira conduta provada.

A responsabilidade do acusado restou provada, isto diante da *autoria, da configuração formal do delito* imputado, da *conduta* e de sua *culpabilidade*, como se verá.

No tocante a *autoria*, o acusado, embora tenha *negado* ter praticado qualquer *ato de gerencia na empresa* que com sua esposa, afirmou que ficava a cargo desta a prática dos atos executivos da mesma, e *admitiu a preparação, formação e treinamento de brigadas*, atos esse realizado mediante *aulas ministradas pelo acusado*. **Afirmou** que, consultou o seu contador para figurar naquela empresa, *acreditando que sua situação estava na exceção da conduta* prevista no artigo 204 do CPM (fl. 168/vº).

Quanto a *contação formal* do delito do artigo 204 do Código Penal Militar: *Exercício de comércio por oficial*, é certo que este ficou comprovado.

O crime na modalidade de *tomar parte da administração ou gerência de sociedade comercial* é de *mera conduta*, caracterizando-se tão-somente pela prova documental de fl. 40.

Além disso, o acusado também *participava da empresa* ao preparar, formar e treinar os seus empregados, para a brigada nas atividades comerciais a que se destinava aquela empresa.

A participação do acusado na sociedade com sua esposa era de *cinquenta por cento do capital investido*, ou seja, *R\$ 5.000,00*, sendo que a sociedade comercial *constitui-se em sociedade de responsabilidade limitada*, a qual é assim identificada pelo aditivo Ltda a sua denominação (Decreto nº 3.708, de 10.11.1919).

O endereço da empresa era de sua própria residência, como afirmado a fl. 168.

*"Sociedade comercial é uma união de várias pessoas para a exploração de um negócio, cuja gestão produz, em relação a cada uma delas, uma responsabilidade direta perante terceiros"*, conforme ensina *Agustín Vicente y Gella*, citado por *Pedro Barbosa Pereira*, in "Curso de Direito Comercial", Vol. 11, RT, 1975, pág. 8.

E o mesmo autor ainda complementa: *"Na sociedade comercial, qualquer que seja sua forma, o sócio responde sempre por todos os atos praticados em nome dela pelo sócio gerente ou diretor"* (Op. Cit. Pág. 7/8).

Para *Rubens Requião* ("Curso de Direito Comercial", 1. Vol, Saraiva, 1982), "Sócio –gerente ou administrador da sociedade é a *figura centra da empresa*, que se encontra na posição de chefe, no ápice da pirâmide hierárquica. Todos os demais colaboradores estão a ele sujeitos, **devendo-lh** obediência e subordinação. Na sociedade de

pessoas, o contrato social pode designar o sócio ou sócios que, isolada ou conjuntamente, exercem a gerência.

O gerente, diretor ou administrador, é um órgão da sociedade comercial. Existe, neste particular, perfeita identificação entre a pessoa jurídica e a pessoa física. O órgão executa a vontade da pessoa jurídica, assim como o braço, a mão, a boca executam a da pessoa natural. A sociedade comercial, como pessoa jurídica, não se faz representar, mas *se faz presente* pelo seu órgão, como esclarecer Pontes de Miranda. (Op. Cit. Pág. 305).

A gerência pode ser concebida com a simplicidade das típicas sociedades de pessoas, em que *um sócio apenas despenha a gerência e representa ativa e passivamente a sociedade*. Pode, ao contrário, estabelecer uma gerência colegiada, em que *dois ou mais sócios desempenham a administração da sociedade, agindo em conjunto, sendo necessárias duas ou mais assinaturas para obrigá-la em face de terceiros*" (Op. Cit. Pág. 349)."

É de se concluir, portanto, que o *sócio-gerente dá propulsão, dinamismo, faz movimentar a sociedade comercial por cotas de responsabilidade limitada, e esse era o papel do acusado, o qual além de ser sócio gerente encarregava-se ainda da preparação, formação e treinamento de seus empregados na brigada para as atividades comerciais da sua própria empresa*.

Com base nos ensinamentos doutrinários evocados, pode-se afirmar que o *acusado era a principal figura na empresa comercial de sua família*.

Em relação *a conduta do acusado*, agiu o mesmo *dolosamente* ao figurar *espontaneamente* como sócio gerente da empresa GESPEC do BRASIL LTDA, ao lado de sua esposa.

De se notar que a certidão da Junta Comercial, estabelece *que a participação do acusado naquela empresa era de 50% no capital investido, cabendo ao acusado assinar pela empresa*, logo, esta patente que sua conduta, ao formar e dirigir aquela sociedade comercial, foi *um ato doloso e consciente ao propósito empresarial que o casal buscava*, aliás até mesmo cercado de cautelas como a contratação de um contador (fls. 168/vº e 321).

Como ensina *Célio Lobão* ("Direito Penal Militar", Brasília Jurídica, 1999, pág. 298/300), *consuma-se o delito no momento em que o*

*agente pratica ato próprio de quem exerce, de direito ou de fato, o comércio, a administração, o gerenciamento, ou de quem participa, de qualquer forma, exceto como acionista ou cotista, de sociedade anônima ou por cotas de **responsabilidade limitada**.*

A gerência da empresa comprovou-se de direito com a prova documental oriunda da Junta Comercial.

A prova de fato, decorreu da própria confissão do acusado, ao afirmar de sua **atuação** naquela empresa como instrutor dos próprios empregados, aliás, *para que com isso ele tivesse o retorno comercial buscado desde a constituição daquele negócio comercial.*

Neste particular, é de se verificar que o *acusado já praticava atos de comércio empregando policiais militares, em hora de folga, na atividade denominada bico de segurança*", como ocorreu no caso concreto do *shopping* Interlagos entre 1995 e 1996, fato este comprovado pelo testemunho do **Sgt PM Sebastião Ferreira d Silva**(fl 234).

(É certo também que, sobre este desvio de conduta do acusado, não se confunde com o caso do sub judice, pois naquele foi ele severamente punido por seu Comandante a fls. 77/78, devendo tal fato servir como prova indiciária a dar credibilidade a proposta da empresa do acusado e , por ele subscrita ao gerente do Shopping Ibirapuera fl. 14/16), a caracterizar os atos de comércio praticados pelo acusado.

O civil Vanderlei **Bertolazzi** (fl. 221) confirmou que recebeu o referido ofício por *fax*, propondo-lhe os serviços de segurança aquele estabelecimento comercial a ser feito por policiais militares, com apoio de viaturas da Polícia Militar.

O fato do documento de fls 14/16 não ter sido **objeto** de perícia, dada a impossibilidade técnica para se aferir o exame grafotécnico do acusado, não desvalida o *mesmo, passando ele a servir como outro indício contra o acusado*, não só pela coincidência do *modus operandi* por ele perpetrado no *Shopping* Interlagos (fl. 234), mas pela coincidência do papel timbrado da empresa do acusado e sua assinatura como *Capitão PM e Engenheiro Civil*.

Provando a atuação do acusado, *como sócio gerente da empresa comercial e sua participação na formação e no treinamento de seus empregados*, há de se reconhecer *a incompatibilidade dessas funções com o cargo público que ocupa* como Oficial da Polícia Militar.

Aliás, todas as legislações dos servidores públicos e a dos militares completam tal vedação.

Historicamente essa vedação encontra raiz no Código Comercial que seu art. 2º enumerou as pessoas que estão proibidas de exercer atividade comercial, como empresário, em decorrência do desempenho de função pública, desde o governador do Estado (presidente da província) até o oficial da Fazenda.

Da mesma forma o Código Penal Comum de 1890, em seu artigo 233, baseado no Código está evidentemente obsoleto, mas compreende-se *que todos os funcionários públicos são incompatibilizados com o exercício do comércio*. Assim também, *os militares*, "salvo se reformados".

*Assim, é a conveniência do serviço público que determina a incompatibilidade*. Como explica Pedro Lessa, quando aborda o tema, *Quanto aos funcionários de ordem administrativa e judiciária, a necessidade de não se distraírem dos deveres de seu cargo, a conveniência de manter o prestígio e a dignidade de certas autoridades, que uma declaração de falência poderia comprometer gravemente, os perigos do abuso e do monopólio e mesmo alguns ligeiros vestígios do anacrônico preconceito sobre a natureza modesta e plebéia da profissão comercial, eis os motivos da disposição legislativa que analisamos*'.

A proibição total de exercer o comércio, atinge governadores de Estado, funcionários públicos, sejam federais, estaduais ou municipais, nos termos dos respectivos estatutos; *os militares da ativa das três Armas; os magistrados; os corretores e leiloeiros; os cônsules; os médicos, em farmácias, drogarias ou laboratórios farmacêuticos*.

Conseqüências da violação da proibição o proibido de comerciar não é incapaz. Convém esclarecer que o exercício do comércio, **malgrado** proibição legal, não fere de nulidade o ato de comércio praticado pelo proibido; o ato pe realmente válido e o proibido tornam-se comerciante, e sofrerá as penalidades administrativas a que sua falta **corresponder**."(Op. Cit. Pág. 79/81)".

Quanto a proibição ao *Oficial da ativa da Polícia Militar fazer parte de sociedade comercial*, a matéria vem disciplinada ao artigo imputado ao acusado, criminalmente, ou seja, o *art. 204 do CPM*, e administrativamente é objeto do artigo 22 do Decreto-lei Federal 667/69, que diz: "*Ao pessoal das Polícias Militares, em serviço ativo, é*

*vedado fazer parte de firmas comerciais, de empresas comerciais de qualquer natureza ou nela exercer função ou emprego remunerados.”*

De igual forma, o atual Regulamento Disciplinar da Polícia Militar (Lei Complementar nº 893/2001), prevê no que compete aos deveres dos policiais militares que, *“Ao policial militar do Estado em serviço ativo é vedado exercer atividade de segurança particular, ou participar, exceto como acionista, cotista ou comanditário.”*

Quanto a alegação do acusado de ter agido por *erro de direito* ao supor *que sua situação era autorizada pelo próprio tipo penal em epígrafe*, deve aqui tal exculpatória ser afastado por dois motivos: o primeiro pelo fato da formação do próprio acusado que além de Oficial da polícia Militar, formado pela e com *conhecimento específico sobre a legislação militar*, também é Engenheiro Civil com registro no CREA, logo, *alegar erro sobre a interpretação da lei não o aproveita; segundo, porque o benefício erro de direito (art. 35 do Código Penal Militar) não incide sobre os crimes contra o dever militar*, do qual o tipo penal imputado ao acusado faz parte.

Nem mesmo eventual *erro do contador contratado* pelo próprio acusado para elaborar o contrato social da empresa (fl. 321), o aproveita, visto que isso ocorreu, o acusado admite que *assinou sem ter (o contrato social)*, o que o levaria a *incorrer em erro igualmente já excepcionado pela regra inserta do artigo 35 do Código Penal Militar*.

A propósito, é de se trazer à colocação o posicionamento da jurisprudência paradigmática do Superior Tribunal Militar, sobre o *exercício do comércio por oficial da ativa*:

*“Participação de militar da ativa em sociedade comercial – art. 204 CPM. Delito configurado e provado nos autos. Tomar parte na administração ou na gerência de sociedade comercial é crime de mera conduta que impede de habitualidade para ser caracterizado e que se pode provar através do contrato social e pelas alterações contratuais. O registro da Junta Comercial caracteriza a sociedade como comercial. Ao oficial da ativa é vedada a atividade de comerciante, de administrador ou gerente de sociedade comercial. Preliminar de intempestividade de recurso suscitada pela PGJM rejeitada por unanimidade. No mérito, embargos não acolhidos para manutenção do V. acórdão embargado. Decisão por maioria. Pr. 1988.01.045183-1- PA. Min. Rel. Roberto*

*Anderson Cavalcanti, Decisão 30.06.89. DJU, 18/10/1989. , Vol: 01289-01”.*

Assim acolheu o Escabinato Julgador o posicionamento ministerial exarado nas alegações escritas, de fls. 2661268, da lavra da i. Promotora de Justiça, Dra. *Nilza Russo Ferreira*: “(...) A GESPEC do BRASIL Ltda., embora verdadeira empresa de segurança, foi registrada como simples empresa de prestação de serviços de limpeza, manutenção de jardins, comércio varejista de máquinas e "outros serviços não especificados" (fl. 40). O réu é sócio gerente dela, juntamente com sua esposa. (...)”.

Quanto a *culpabilidade* do acusado, esta ficou patenteada igualmente, até porque o acusado agiu conhecendo a ilicitude de sua conduta, pois é imputável.

O acusado, que é Oficial da PM, tinha ao tempo do fato dezesseis anos de serviço e, até o dia do seu interrogatório já contava com vinte e um anos e um anos de oito meses de serviço a Polícia Militar, possuindo *dezenove punições disciplinares e quarenta e seis dias de corretivo cumprido* (fls. 297/299), logo, de maneira alguma seria justificável a prática do crime em questão, ensejando daí o *juízo de reprovabilidade* do Escabinato julgado, autorizando a aplicação da penal.

## DA APLICAÇÃO DA PENA

O Conselho Especial de Justiça, sopesando as circunstâncias judiciais previstas no artigo 69 do Código Penal Militar, estabeleceu a pena *de um ano de suspensão do exercício do posto* ao acusado, por *infringência ao delito do artigo 204* daquele *Codex*.

A pena mínima (seis meses) foi *exasperada em seis meses*, isto porque presentes as *circunstâncias da maior extensão do dano ou perigo de dano, de antecedentes* do réu e de sua *atitude de insensibilidade e indiferença ou arrependimento após o crime*, as quais foram atribuídas o *quantum* de *dois meses para cada uma*, totalizando *seis meses* sobre o mínimo legal cominado.

No que atinge a *extensão do dano e do perigo* de sua conduta a hierarquia e disciplina militares, o acusado perpetrou o delito durante *cinco anos*, ou seja, de 19 de setembro de 1995 (data da constituição da empresa) até 17 de julho de 2000 (data que afirma ter se retirado da

empresa, fls. 168/vº e 321), dada a *natureza permanente do delito*, logo, todo esse tempo agindo como *empresário ou comerciante* ao arrepio da Lei Penal Militar, não pode ser deixado de ser considerado para *agravar a conduta do acusado na dosimetria da pena*.

Quanto aos *antecedentes* acusado, verificou-se sua conduta disciplinar na Polícia Militar evidencia ser o mesmo refratário as normas disciplinares que regem todos os militares estaduais, tendo em seus vinte e um anos e oito meses de serviço um número *elevado de punições disciplinares* (dezenove), das quais *quarenta e seis dias* no cumprimento de corretivo (*prisão e detenção*), tendo como preciosa punição disciplinar o agenciamento de policiais militares em "bico de segurança", o que lhe custou *dez dias de prisão* (fls. 77/78), logo, esse espelho negativo de comportamento deve ser considerado para *agravar a conduta do acusado*.

Em relação a *indiferença, insensibilidade ou ausência de arrependimento* por parte do acusado após o crime, estas estão presentes pelo fato do acusado sequer preocupar-se com as conseqüências do ilícito praticado, tendo *realizado um número indeterminado de condutas* ao longo dos cinco anos em que esteve com o *status* de empresário, *ativamente formado e treinando os seus empregados* para fins comerciais de sua empresa e ainda *contra legem* evocando a prática de *erro de direito* em sua conduta, não demonstrando nenhum grau de arrependimento (fl. 168/vº).

Assim, não havendo outra causa para alterar a pena, *tornou-a definitiva*.

Aqui é bom se consignar *que a suspensão do exercício do posto implicará na agregação do acusado*, ficando *inativo temporariamente* da Polícia Militar, nos termos do artigo 64 do Código Penal Militar.

Fica fazendo parte integrante desta Sentença os votos eminentes **Juizados** do Escabinato Juigador, registrados na Ata de sessão de fls. 3271334, até por economia processual, por bem espeiharem os motivos de convencimento para este *decisum*.

## **XI DA CONCLUSÃO**

Isto posto e em face do que mais encontra-se nos autos, o *Conselho Especial de Justiça*, por unanimidade de votos, julgou procedente a denúncia, *CONDENANDO* o Capitão PM RE 79.0479-7 *Artur Herminio do Nascimento a 1 (um) ano de suspensão do exercício do posto*, como incurso nas sanções do delito do artigo 204, c.c. artigo 64 do Código Penal Militar.

Foi garantido ao acusado apelar aguardando-se o trânsito em julgado da Sentença para sua execução, pois preenchidos analogamente os requisitos do artigo 527 do Código de Processo Penal Militar.

Após o trânsito em julgado da sentença, lance-se o nome do réu no rol dos culpados, expedindo-se cópia desta Sentença ao Comandante-Geral da polícia Militar para execução da pena.

Ficou a audiência de leitura e publicação da sentença designada para o dia 30 de abril de 2002, as 14:00 horas.

P.R.I.C.e Comunique-se

São Paulo, 22 de abril de 2002.

Ten Cel PM WALDIR PEREIRA PÚBLIO  
Juiz Presidente

Maj PM AIRTO CAVALHEIRO DE QUEIROZ  
Juiz Militar

Maj Fem PM ANGELA DI MARZIO GODOY VASCONCELOS  
Juíza Militar

Maj PM ONOFRE BARBOSA PEREIRA  
Juiz Militar

RONALDO JOÃO ROTH  
Juiz Auditor Substituto

**b. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Nº 12.033 - M S  
(20010129618-4)**

RELATOR :           MINISTRO FELIX FISCHER  
RECORRENTE :       NEWTON AZEVEDO E OUTROS  
ADVOGADO :         NEWTON AZEVEDO E OUTROS  
RECORRIDO :         TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª  
                          REGIÃO  
PACIENTE :          WILSON FERREIRA DOURADO

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso apenas para afastar o limite de 01 (um) ano e estabelecer o limite de 02 (dois) anos, devendo o Ministério Público verificar se o paciente preenche os demais requisitos para a obtenção do benefício da suspensão condicional do processo. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezini e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de agosto de 2002 (Data do Julgamento).

MINISTRO GILSON DIPP  
Presidente

MINISTRO FELIX FISCHER  
Relator

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Nº 12.033 - MS  
(20010129618-4)

**RELATÓRIO**

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso ordinário de *habeas corpus* interposto contra v. acórdão do e. Tribunal

Regional Federal da 3ª Região que **denegou** writ em que se almejava a suspensão do processo.

O retrospecto está delineado as fls. **384386**, in **verbis**:

"Trata-se de recurso ordinário interposto contra decisão proferida pela Eg. Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, a unanimidade de votos, **denegou habeas corpus** impetrado em favor de **WILSON FERREIRA DOURADO**, no qual se pretendia a suspensão do processo a que responde pela prática de crime contra o sistema financeiro nacional, encontrando-se assim **ementado** o v. acórdão vergastado:

### **EMENTA**

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE HABEAS CORPUS. LEI Nº 9.099/95. LIMITE DE 01 (UM) ANO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MAJORANTE (CRIME CONTINUADO). LEI Nº 10.259/01. LIMITE DE 02 (DOIS) ANOS. SÚMULA 243/STJ.*

I – Para verificação dos requisitos da suspensão condicional do processo (art. 89), a majorante do crime continuado deve ser computada.

II – "O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação as **infrações** penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano." Súmula 243/STJ.

III – A Lei nº 10.259/01, ao definir as infrações penais de menor potencial ofensivo, estabeleceu o limite de dois (2) anos para a pena mínima cominada. Daí que o artigo 61 da Lei nº 9.099/95 foi derogado, sendo o limite de um (01) ano alterado para dois (dois) anos, o que não escapa do espírito da Súmula 243 desta Corte.

Recurso provido para afastar o limite de um (01) ano, e estabelecer o de dois (02) anos, para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo.

## VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Para que possa ocorrer a suspensão condicional do processo é básico que estejam preenchidos os requisitos do art. 89 da Lei nº 9.099/95. E, em assim sendo, embora exista polêmica doutrinária sobre o tema, acerca do nível da pena mínima, entendo que as majorantes (circunstâncias legais de aumento da pena) devam ser computadas. Primeiro, não há que se confundir ou mesclar a hipótese aventada com aquela prevista no art. 119 do Código Penal. Neste, por óbvio, a prescrição se mede por delito, sob pena de tornar o concurso material, ad absurdum, mais benéfico que o crime continuado; naquela, da suspensão, o raciocínio não se aplica dada a diversidade dos fundamentos, ou seja, o benefício legal já existe pela majorante (crime continuado), evitando o concurso material, e, portanto, o desdobramento carece de sentido.

Ademais, esta Corte já pacificou seu entendimento sobre o tema enunciando a Súmula nº 243, *in verbis*:

"O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação as infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano."

Contudo, há que se verificar que o conceito de infração de menor potencial ofensivo sofreu alteração com o advento da Lei nº 10.259/2001 que instituiu os **Juizados** Especiais Criminais Federais.

O artigo 61 da Lei 9.099/95, considerado quando da elaboração da Súmula 243/STJ, assim definia as infrações de menor potencial ofensivo:

"Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial." (grifo nosso)

Já a Lei nº 10.259/2001, que instituiu os **Juizados** Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, dispõe, no parágrafo único do artigo 2º, um novo limite de pena para a caracterização das infrações de menor potencial ofensivo.

"Art. 2º."

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa." (grifo nosso)

Assim, o tema a ser discutido é o da alteração do limite de 1 (um) ano, previsto na Lei nº 9.099/95, para 2 (dois) anos, em decorrência da superveniência da Lei nº 10.259/01 que também definiu as infrações de menor potencial ofensivo.

A maior parte da doutrina tem se manifestado no sentido da alteração do limite. É o que se observa nos ensinamentos de Damásio E. de Jesus, na sua obra, "Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada" (atualizada de acordo com a Lei nº 10.259, de 12-7-2001), Ed. Saraiva, fls. 14/20: "De acordo com a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95), consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, sujeitando-as a sua competência, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano (art. 61). Ocorre que a Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, criou os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, dispondo aplicar-se a eles a Lei n. 9.099/95 (art. 1º), obedecidas duas regras determinadas em seu art. 2ª, caput e parágrafo único: 1ª) Os Juizados Especiais Criminal Federais somente julgam infrações da competência da Justiça Federal (caput); 2ª) Somente são de sua competência as infrações penais de menor potencial ofensivo (caput) Conceituando-os, reza o parágrafo único do mencionado dispositivo: "Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa". Verifica-se que, enquanto o art. 61 da Lei n. 9.099/95 fixa a pena máxima **cominada** aos crimes em quantidade não superior a um ano, a lei nova determina que a pena máxima não pode ser superior a dois anos. As duas disposições tratam do mesmo tema, qual seja conceituação legal de crime de menor potencial ofensivo. Adotando critério de classificação de acordo com a quantidade da pena, observa-se que empregam valorações diversas. Diante disso, de prevalecer a posterior, inegavelmente de direito penal material. Mais benéfica, ampliando o rol dos crimes de menor potencial ofensivo, **derroga** a anterior (CF, art. 5º, XL; CP, art. 2º, parágrafo único). Em face disso, entendemos que o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/2001 **derrogou** o art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95), ampliando a sua extensão. Em conseqüência, devem ser

considerados delitos de menor potencial ofensivo para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/95 aqueles a que a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos, ou multa. De maneira que os **Juizados Especiais Criminais** da Justiça Comum Estadual passam a ter competência sobre todos os delitos a que a norma de sanção imponha, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos (até dois anos). Nesse sentido: **PAULO SÉRGIO LEITE FERNANDES**, **Juizados Especiais Cíveis e Criminais** no âmbito da Justiça Federal, in [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 30-7-2001; **PETRÔNIO CARMON FILHO**, **Infrações de menor potencial ofensivo** após a edição da Lei n. 10.259, in [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 31-7-2001; **ADAUTO SUANNES**, Lei n. 10.259/01 – **Juizados Criminais Federais**, in [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 27-7-2001; **ALBERTO SILVA FRANCO**, **Juristas renomados entendem que foi ampliada a competência dos Juizados Especiais**, in [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 27-7-2001; **CEZAR ROBERTO BITENCOURT**, Lei n. 10.259/01 – **Juizados Criminais Federais**, in [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 27-7-2001; **FERNANDO CAPEZ**, **Juristas renomados entendem que foi ampliada a competência dos Juizados Especiais**, in [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 27-7-2001; **FERNANDO LUIZ XIMENES**, **Juristas renomados entendem que foi ampliada a competência dos Juizados Especiais**, in [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 27-7-2001; **JOSÉ RENATO NALINI**, **Juristas renomados entendem que foi ampliada a competência dos Juizados Especiais**, in [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 27-7-2001; **Um Peso, duas medidas**, Boletim do **IBCCrim**, Departamento de Estudos Legislativos, São Paulo, Revista dos Tribunais, ago. 2001, 105:8; **VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES**, **A nova definição de infração de menor potencial ofensivo**, in [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 8-8-2001; **JORGE VICENTE SILVA**, **Alteração da Lei n. 9.099/95 na Parte Especial, O Estado do Paraná**, Curitiba, 12-8-2001; **CELSONO JAIR MAINARDI**, **Juizado Especial Criminal e Justiça Federal, o Estado do Paraná**, Direito & Justiça, Curitiba, 19-8-2001; **JORGE VICENTE SILVA**, **Alteração da Lei n. 9.099/95 na Parte Especial, O Estado do Paraná**, Curitiba, 19-8-2001; **FERNANDO TADEU CABRAL TEIXEIRA**, **Primeiras impressões sobre a Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal**, Boletim do **IBCCrim**, São Paulo, Revista dos Tribunais, set. 2001, 106:2;

JEFFERSON APARECIDO DIAS, **Juizados Especiais Federais - Considerações sobre a Lei n. 10.259/2001**, Meio Jurídico, São Paulo, Ed. Meio Jurídico, jul. 2001, 47:4; VLADIMIR ARAS, A nova definição de infrações de menor potencial ofensivo e sua extensão aos **Juizados Criminais Estaduais**, in [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 28-9-2001; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, **Juizados Criminais Federais**, in [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 1º-10-2001; MARIANA DE SOUZA LIMA LAUAND e ROBERTO PODVAL, **Juizados Especiais Criminais**, Boletim do IBCCrim, São Paulo, Revista dos Tribunais, out 2001, 107:22.

Contra: JORGE ASSAF MALULY e PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN, A Lei dos **Juizados Especiais Criminais** no âmbito da Justiça Federal e o conceito de infração de menor potencial ofensivo, in [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 17-8-2001."

No mesmo sentido as palavras de Luiz Flávio Gomes em sua obra "Juizados Criminais Federais, Seus Reflexos Nos **Juizados Estaduais** e Outros Estudos", Ed. Revista dos Tribunais, fls. 18/21: "De 13.01.2002 (data da entrada em vigência da Lei 10.259/01) em diante acha-se inserido no nosso ordenamento jurídico o novo conceito de infração de menor potencial ofensivo ("crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa" - art. 2º, parágrafo único, do citado diploma legal).

A principal controvérsia que se instalou é a seguinte: esse novo limite (novo conceito) vale também para os **juizados** estaduais? Em outras palavras, o sistema jurídico brasileiro, doravante, quanto ao conceito de infração de menor potencial ofensivo, seria bipartido (dois conceitos autônomos e independentes) ou unitário (conceito único válido para todos os **juizados** do país)?

a) sistema **bipartido**: para uma posição minoritária teríamos agora no Brasil dois conceitos de infração de menor potencial ofensivo. um federal (Lei 10.259/01, art. 2º, parágrafo único) e outro estadual (o da Lei 9.099/95, art. 61).

Fundamento desse tese:

Porque a lei nova não é mais benéfica (o sistema concensuado não é mais favorável ao acusado), porque caberá quase sempre a suspensão condicional do processo (art. 89), porque os bens jurídicos protegidos no âmbito federal são distintos do estadual, porque a CF quis instituir dois

juizados distintos (um federal e outro estadual), porque a Lei 10.259/01 (art. 2º, parágrafo único) enfatizou "para os efeitos desta Lei", porque o art. 20 veda a aplicação da Lei 10.259/01 aos Estados, porque não há nenhuma lacuna legislativa nem inconstitucionalidade, porque o Judiciário não pode substituir o legisladora nem alterar conceito legais, o Judiciário só pode atuar como legislador negativo etc.

b) sistema unitário: a posição amplamente majoritária (Silva Franco, Bitencourt, **Damásio**, **Tourinho Filho**, Copes, Suannes etc.) não concorda com a bipartição do conceito e vem entendendo que o novo conceito da Lei 10.259/01 se estende aos **juizados** estaduais. Cuida-se de conceito (e sistema) único, portanto. É a nossa posição, em razão (sobretudo) do princípio constitucional da igualdade (ou do tratamento isonômico) (CF art. 5º), do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade e também porque se trata de lei nova com conteúdo penal favorável (CP, art. 2º, parágrafo único) etc. (cf. no site [ibccrim.com.br](http://ibccrim.com.br) – opiniões sobre temas polêmicos – inúmeros artigos nesse sentido e citados na bibliografia abaixo).

Observe-se, desde logo, que sobre essa interpretação ampliativa (da competência dos **juizados** criminais estaduais) está havendo (praticamente) consenso nacional (cf. no capítulo 2 deste livro o Enunciado 46 dos magistrados coordenadores dos **juizados** criminais).

Fundamentos da tese unitária:

Conceber um único conceito de infração de menor potencial ofensivo no nosso país é consequência, em primeiro lugar e primordialmente, da adoção do novo método do Direito (inclusive o penal), que é o da ponderação (decorrente da aplicação do princípio da proporcionalidade) e que se opõe (diametralmente) ao método formalista e obtuso (decorrente do positivismo legalista) do século passado.

O jurista (e também o estudante) do terceiro milênio está muito mais preocupado com a justiça das soluções (leia-se: das decisões de cada caso concreto) que com o cumprimento cego, irracional e asséptico da (muitas vezes incompreensível e aberrante) letra da lei.

As leis, especialmente as penais, já não podem ser interpretadas segundo o método puramente formalista. Numa espécie de despedida definitiva do positivismo formalista de Binding, Von **Liszt/Beling**, Rocco (tecnicismo-jurídico) e de muitos dos pressupostos metodológicos do finalismo de Welzel, que marcaram a realização prática do Direito penal

em todo o século XX, concebe-se agora a teoria do fato punível, e particularmente, a do injusto penal e o próprio Direito penal desde uma sólida base constitucional (Palazzo, Sax, Bricola etc).

As principais conseqüências dessa mudança (de paradigma) radicam no novo método do Direito penal bem como na alteração da posição do juiz: o triunfo do método da ponderação sobre o da mera subsunção conduz a proeminência do juiz, a quem cabe em cada caso concreto dizer qual dos princípios (ou interesses) em conflito deve preponderar.

O velho e provecto aforismo "a lei falou, está falado" está morrendo. Aliás, já morreu, embora ainda não esteja sepultado. Faz parte de outro momento histórico da civilização. De modo algum hoje é concebível a assertiva de que a lei, ainda que irracional, sendo clara, tem de ser aplicada (*Lex quanvis irrationabilis, dummodo sit clara*).

Se a fonte normativa dos juizados é a mesma (legislação federal: Lei 9.099/95 e Lei 10.259/01), não se pode concordar com o argumento de que o legislador quis instituir dois sistemas (distintos) de juizados. um federal diferente do estadual. Se o legislador pretendesse isso, não teria mandado aplicar (por força da Lei 10.259/01) praticamente in totum a Lei 9.099/95 aos juizados federais. Teria criado um sistema jurídico ex novo.

Ademais, de modo algum se extrai da Constituição brasileira que ela tenha pretendido instituir dois conceitos (distintos) de infração de menor potencial ofensivo: um para o âmbito federal e outro para os Estados. Aliás, sendo ambos regidos pela Lei 9.099/95, não há mesmo justificativa para isso.

Remarque-se que o legislador não se limitou a contemplar os delitos que são da competência exclusiva (*ratione materiae*) da Justiça Federal, como, por exemplo, o crime político, o crime de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro etc. Se assim tivesse procedido, jamais o art. 2º se estenderia aos juizados estaduais. Adotou, ao contrário, critério amplo que envolve todos os crimes da sua competência. Ocorre que a grande maioria deles é também julgada pelas justiças estaduais (leia-se: são também da competência da Justiça Estadual).

É bem verdade que em vários momentos a Lei 10.259/01 procurou deixar claro que sua aplicação era restrita ao âmbito federal (art. 1º - no que não conflitar com esta lei -, art. 2º para os efeitos desta lei -, art. 20 - vedada a aplicação desta lei na Justiça Estadual).

Apesar disso, nossa posição é no sentido de que deve ser aplicado nos **juizados** estaduais o conceito (novo) de infração de menor potencial ofensivo. Por quê? Porque sobre o legislador ordinário está a vontade do Constituinte (a Constituição). Nenhum texto legal ordinário pode, sem justo motivo, discriminar situações. Se o crime da mesma natureza é julgado pelas Justiças Estadual e Federal, deve receber o mesmo tratamento jurídico."

Adotando o posicionamento da maior parte da doutrina verificamos que o limite de um (01) ano previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95 para a concessão do benefício da suspensão do processo, inclusive nos casos previstos na **Súmula 243/STJ** (concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva), não pode mais ser adotado, devendo ser alterado para dois (02) anos, tendo em vista a derrogação do artigo 61 da Lei nº 9.099/95 que definia as infrações de menor potencial ofensivo e estabelecia o limite de um (01) ano pelo parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 10.259/01, que também define as infrações de menor potencial ofensivo e estabelece o limite de dois (02) anos. Ademais, sendo a referida lei que aumenta o limite para dois anos mais benéfica para os réus, pois amplia o conceito de infração de menor potencial ofensivo, então a aplicação do limite de dois (02) anos é retroativo, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal e o parágrafo único do artigo 2º do Código Penal.

"Art. 5º

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu."

"Art. 2º

Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado."

No mesmo sentido são as palavras de Luiz Flávio Gomes (obra citada), fls. 30: "Se da Lei 10.259/01 extraímos a conclusão de que foi ampliado o conceito de infração de menor potencial ofensivo (derrogando-se o art. 61 da Lei 9.099/95), nesse ponto, sendo mais benéfica, é retroativa (CF, art. 5º, XL, e CP, art. 2º, parágrafo único). Aplica-se, portanto, a todas as infrações penais (punidas até dois anos) ocorridas antes da sua vigência.

Todos os casos não definitivamente julgados (com pena até dois anos) podem, em tese, dar ensejo a aplicação da Lei 9.099/95 (e de seus institutos despenalizadores)."

No caso em análise o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 16 *cc* o artigo 1º, inciso I da Lei nº 7.492/86 e artigo 71 do Código Penal. O delito previsto no artigo 16 da referida Lei prevê como pena reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, sendo que acrescida do aumento previsto pela continuidade delitiva a pena mínima não ultrapassa o limite de 02 (dois) anos que agora há de ser verificado. Ademais, a Súmula 243 desta Corte deve continuar sendo observada ressaltando-se que ao invés de se verificar o limite de um (01) ano verifica-se, agora, o limite de dois (02) anos para a concessão do benefício da suspensão do processo.

O v. acórdão recorrido do e. Tribunal *a quo* está assim ementado, *in verbis*:

"HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. RECUSA DE PROPOSITURA DO BENEFÍCIO PELO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. POSICIONAMENTO ACOLHIDO PELO JUIZ DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS.

I – O representante do Ministério Público não tem poder absoluto no incidente de apreciação do benefício da suspensão do processo sendo admissível o contraste jurisdicional com aplicação, por analogia, do artigo 28 do Código de Processo Penal.

II – Tratando-se de imputação de crime continuado e sendo o acréscimo no percentual inferior suficiente para determinar a pena mínima em quantidade superior ao limite legal, descabe o benefício.

III- Ordem denegada." (Fls. 356).

Verifica-se que o e. Tribunal *a quo* adotou como limite para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo o limite de um (01) ano (pois se a pena mínima do delito imputado ao paciente é um ano, com o acréscimo inferior da continuidade delitiva certamente o limite anterior seria ultrapassado). Porém, com o novo limite de dois (02) anos, a pena mínima de 1 (um) ano acrescida de 1/6 ou até mesmo de 2/3 pela continuidade delitiva não ultrapassa o novo limite de dois (02) anos para

o benefício da suspensão condicional do processo previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95.

Daí que o recurso merece prosperar em parte, não por causa dos argumentos expendidos pelos recorrentes, mas sim em decorrência da alteração do limite legal para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo, que passou de 01 (um) para 02 (dois) anos.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso apenas para afastar o limite de 01 ano e estabelecer o limite de dois anos, devendo o Ministério Público verificar se o paciente preenche os demais requisitos para a obtenção do benefício da suspensão condicional do processo.

É o voto.

Relator

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro GILSON DIPP

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO DO C. DE ALBUQUERQUE

Secretária

Bela LIVIA MARIA SANTOS RIBEIRO

**ASSUNTO:** Penal - Leis Extravagantes - Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86)

## **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso apenas para afastar o limite de 01 (um) ano e estabelecer o limite de 02 (dois) anos, devendo o Ministério Público verificar se o paciente preenche os demais requisitos para a obtenção do benefício da suspensão condicional do processo."

**Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da  
Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.**

**O referido é verdade. Dou fé.**

**Brasília, 13 de agosto de 2002**

**LIVIA MARIA SANTOS RIBEIRO  
Secretária**

**c. APELAÇÃO CRIMINAL N° 366.535.3/20  
COSMÓPOLIS/CAMPINAS - SUBTRAÇÃO DE ARMA DE  
FOGO PERTENCENTE AO MUNICÍPIO. COMPETÊNCIA DA  
GUARDA MUNICIPAL. DESVIO DE FUNÇÃO. CONDENAÇÃO.  
PROVIMENTO PARCIAL.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **APELAÇÃO CRIMINAL** n° 366.535-3/2-00, da **Comarca** de **CAMPINAS**, em que é apelante **EDERSON FERREIRA**, sendo apelada a **JUSTIÇA PÚBLICA**:

**ACORDAM**, em Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar parcial provimento ao apelo para absolver o réu da condenação que lhe foi imposta pela prática do crime previsto no art. 329, parágrafo 1º, com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal, mantendo, no mais, a sentença punitiva de primeiro grau de conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores **HÉLIO DE FREITAS** (Presidente), sem voto, **SINÉSIO DE SOUZA** (Revisor) e **BITTENCOURT RODRIGUES**.  
São Paulo, 25 de março de 2003.

Canellas de Godoy  
Relator

VOTO Nº 6761

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 366.535.3120COSMÓPOLIS/CAMPINAS**

**APELANTE: EDERSON FERREIRA**

**APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA**

Rel. Des.: CANELLAS DE GODOY

Cuidam os presentes autos de ação pública incondicionada aforada pelo Ministério Público, acusando **EDERSON FERREIRA** de ter cometido o delito substanciado no art. 157, § 2º, I e art. 329, § 1º, c.c. o art. 70, todos do CP.

Narra o aditamento a denúncia que no dia 9 de julho de 1998, por volta de **7h40** min, o réu, armado, ameaçou gravemente o GM Edson Serafim, dele subtraindo uma arma de fogo marca "Taurus", pertencente a Prefeitura Municipal de Cosmópolis, além de contribuir com os demais acusados, Osvaldo Martins Calixto, Josefa Saraiva Calixto, Tânia Aparecida Rocha e Eliel da Silva Calixto, que foram denunciados por **incursos** no art. 329, § 1º, c.c. o art. 29, ambos do CP, no sentido de frustrar a atividade policial, dando cobertura na evasão deste último.

Ao final, por r. sentença de fls. 3541358, Ederson foi condenado em regime inicial fechado a pena de 7 anos, 4 meses e 20 dias de **reclusão** e ao pagamento de 14 dias-multa, valor unitário mínimo legal.

Irresignado, recorreu pleiteando absolvição com fundamento no art. 386, VI, do CPP.

O recurso foi regularmente processado, apresentando o Ministério Público as contra-razões as fls. 4021408.

O parecer da d. Procuradoria é no sentido da manutenção da r. sentença pelos próprios e jurídicos fundamentos, negando-se provimento ao apelo.

É o relatório.

Procede, em parte, a irresignação da d. Defesa, embora absolva-se por fundamento não explicitado em alegações recursais, porém, a medida que, um dos efeitos da apelação é o devolutivo, toda matéria é aqui novamente examinada.

Pela leitura e exame dos autos tem-se o início do acontecido em face de uma "diligência" efetuada por guardas municipais (fls. 214), que resolveram prender um dos réus (fls 11 e 12), envolvendo os fatos uma

arma de propriedade da guarda municipal, apreendida com o réu Eliel (fls. 248).

O ponto **fulcral** é saber e analisar, a meu sentir, os limites da atribuição e competência de Guardas Municipais, corporação que vem crescendo e tomando corpo, sem os devidos cuidados, de forma preocupante.

A existência da Guarda Municipal está prevista na Constituição Federal, no capítulo que trata da Segurança Pública, mais precisamente no parágrafo 8º do artigo 144, que permite aos Municípios a criação de guardas municipais destinadas a proteção de seus bens, serviços e instalações.

Bem andou o constituinte de 1988 ao inserir, também na parte referente à segurança, um inciso contendo um serviço específico dirigido a preservação de bens, logradouros e serviços que interessam diretamente aos municípios, posto que essa idéia de proteção a interesses locais já estava insculpida no artigo 30 da Lei Maior, quando dispôs sobre a competência legislativa do Município.

Integrante da República Federativa Brasileira, como um dos seus membros, ao lado dos Estados, da União e do Distrito Federal, possui o Município brasileiro característica ímpar dentre os regimes federativos ao se apresentar com autonomia político-administrativa e competência privativa para legislar sobre assuntos de interesse local.

Assim, fûndada nessa competência, que lhe é privativa frise-se: a Municipalidade necessita proteger seus logradouros, monumentos, instalações, enfim aqueles bens que fazem parte do seu patrimônio, de molde a preservar o "interesse local", sem que para tanto seja preciso deslocar membros da Polícia Militar, já tão assoberbada com múltiplas funções.

Mister se fazer um parêntese para esclarecer que, quando ao introduzir na Constituinte de 1988, a expressão, "interesse local", em substituição a anteriormente vigente, "peculiar interesse", não desvirtuou o legislador o real alcance dos termos, antes tentou tornar mais clara e precisa a idéia que traduziam.

Aliás, com precisão, ensina o mestre Hely Lopes Meirelles: Peculiar interesse não é interesse exclusivo do Município, não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos municípios. Se se exigisse essa exclusividade, essa privacidade, essa unicidade, bem

reduzida ficaria o âmbito da administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse regional ou nacional, que não o seja reflexamente da União e do Estado-membro, como também não há interesse regional ou nacional, que não ressoe dos municípios, como também não há interesse regional ou nacional, que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação Brasileira, através dos Estados a que pertencem." (in "Direito Municipal Brasileiro" 4ª ed. São Paulo. Ed. RT 1981. P. 86).

Como se pode constatar da leitura do texto, a expressão "peculiariedade", depois substituída, significava predominância, e outro não poderia ser o entendimento uma vez que, em consonância com os princípios fundamentais que lastreiam o Estatuto Maior, o Poder Público deve exercer suas atribuições, nas três esferas da Federação, de maneira harmônica. Pelo princípio da integração deverá uma interligação entre os entes federativos, preservada, porém a autonomia de cada um.

Ressalte-se, contudo que, quando se trata de competência, se determinada matéria já foi abrangida de forma privativa pela legislação federal, ao legislador *infra* constitucional restará apenas dispor sobre aquilo que não tenha sido objeto da lei superior.

Oportuno lembrar que a Constituição Federal prevê a criação facultativa de guardas municipais pelos municípios consoante permissão contida no art. 144, § 8º, o que contudo não implica na outorga de funções que não estão especificadas no mandamento constitucional. Sobre o assunto convém trazer a colação palavras do Eminentíssimo Desembargador e festejado administrativista Alvaro Lazzarini: "Como se vê não são funções da chamada Polícia Geral ou Polícia de Ordem Pública, embora suas missões integrem o universo de atividades da segurança pública, feitas de maneira ostensiva. (in "Segurança pública e o aperfeiçoamento da polícia no Brasil", Revista Forense, vol. 316, p 22).

Os serviços de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública não são predominantemente locais, uma vez que se destinando a coibir a violação da ordem jurídica, a incolumidade do Estado e dos indivíduos e a restaurar a normalidade de situações e comportamentos, alcançam uma esfera mais ampla que a territorialidade do Município e se espalham por toda a Nação, sendo pois de interesse nacional.

Assim, embora a Constituição contenha em seu texto a previsão de criação da Guarda Municipal, cuidou o constituinte de especificar sua área de atuação, limitando-a a guarda e proteção do patrimônio local, de interesse direto dos municípios, deixando o policiamento preventivo e repressivo a cargo da Polícia Militar.

Com tal assertiva, entretanto, não se pretende alijar da Guarda municipal a tarefa de proteção que lhe foi conferida pelo legislador infra constitucional. Há de se fazer uma distinção, que se mostra fundamental para o bom entendimento da matéria.

O guarda municipal, como qualquer cidadão, tem o dever e a obrigação de evitar a quebra da ordem pública podendo cercear uma ilegalidade, com qualquer cidadão, como prevê o artigo 301 do Código de Processo Penal. Esta atividade estará sendo efetivada a par de sua obrigação precípua, qual seja, aquela que lhe foi conferida pelo constituinte, a de vigência do patrimônio municipal.

Nesse passo, vale repetir a lição do Procurador do Estado de São Paulo, Pedro Luís Carvalho de Campos Vergueiro, que com propriedade afirma: "Assim, tais vigilantes do patrimônio municipal, quando no exercício de suas funções estarão – mediatamente de fato e não por força de obrigação legal, sem se atividade inerente as suas funções – dando, como qualquer cidadão, proteção aos municípios. A mera presença nos locais designados, junto a logradouros públicos ou próprios municipais, prestar-se-á como força psicológica em prol da ordem, beneficiando, assim, de forma indireta, os municípios. Ou seja, essa vigilância do patrimônio municipal, por via de conseqüência, implicará proteção para os municípios: aquela como atribuição decorrente da norma jurídica, e essa como um **plus** empírico resultante daquela". (in "As Guardas Municipais na Constituição Federal de 1988" Diógenes Gasparini, **RT 671/46**).

No caso em exame, a declaração dos próprios guardas municipais de que "estavam em diligência" demonstra de forma cabal a ilegalidade que envolveu a ação que praticaram, uma vez que não estavam exercendo aquela atividade a que se fez menção no parágrafo anterior de auto defesa da sociedade, agindo com o poder de que está investido qualquer do povo nem prendendo alguém em flagrante delito, mas antes se arvoraram em verdadeiros agentes da Polícia Militar, em verdadeira invasão de função

da qual não estão legalmente investidos, fugindo conseqüentemente de sua tarefa precípua, qual seja a de defesa do patrimônio municipal.

É preciso que se ponha fim a esses desvios de **funções** que vêm se tomando habituais na sociedade hodierna, sendo importante relembrar mais uma vez a lição do Desembargador **Álvaro Lazzarini**: "Entretanto, alguns dirigentes de guardas municipais, sob o pretexto de que, como se disse alhures, "há um clamor por maior segurança e que agora o município, elevado a condição de unidade federativa, pode considerar como de interesse local os assuntos relativos a ordem pública", vem agindo de forma superpostas as Polícias estaduais fazendo tanto a prevenção como a repressão imediata de ações penais." (idem, p. 22).

Assim, o que mostra o processo é a total inexistência da configuração penal prevista no art. 329, daí porque se impõe a absolvição.

No tocante ao delito contra o patrimônio, é de ver a total impossibilidade de absolvição.

No momento em que os guardas municipais, Herodias e Edson tentavam deter o co-réu Eliel, o apelante surgiu, encostou o revólver na cabeça do primeiro guarda e tomou-lhe a arma que estava em suas mãos, fato esse testemunhado pelo outro funcionário da Prefeitura Municipal.

Inadmissível a alegação de ser a palavra da vítima insuficiente para alicerçar um decreto condenatório, a medida que traz em si enorme carga de confiabilidade e, caso contrário, desestruturada e vazia, ficaria a elucidação de determinados tipos de crimes, pois, é ela, a pessoa, que em crimes de roubo, fica a mercê do assaltante, vis-a-vis, por tempo suficiente para guardar-lhe a fisionomia ou pelo menos para fixar determinadas características que, mais tarde na fase inquisitorial ou judicial darão certeza ao reconhecimento positivo, não se podendo afirmar se tratar de acusação gratuita, já que o único interesse da vítima não é outro senão contribuir para a apuração dos fatos e **conseqüente** imposição da pena.

Se não bastasse essa prova, há também as assertivas dos co-réus Osvaldo e Eliel, afirmando o primeiro ter um "cara" tomando o revólver do guarda (fls. 66 v.) e o segundo ter visto "Gambá" arrebatar o revólver (fls. 75), não se tendo dúvida de que se trata do apelante, e, por fim, anota-se que foi reconhecido pessoalmente (fls. 214/5).

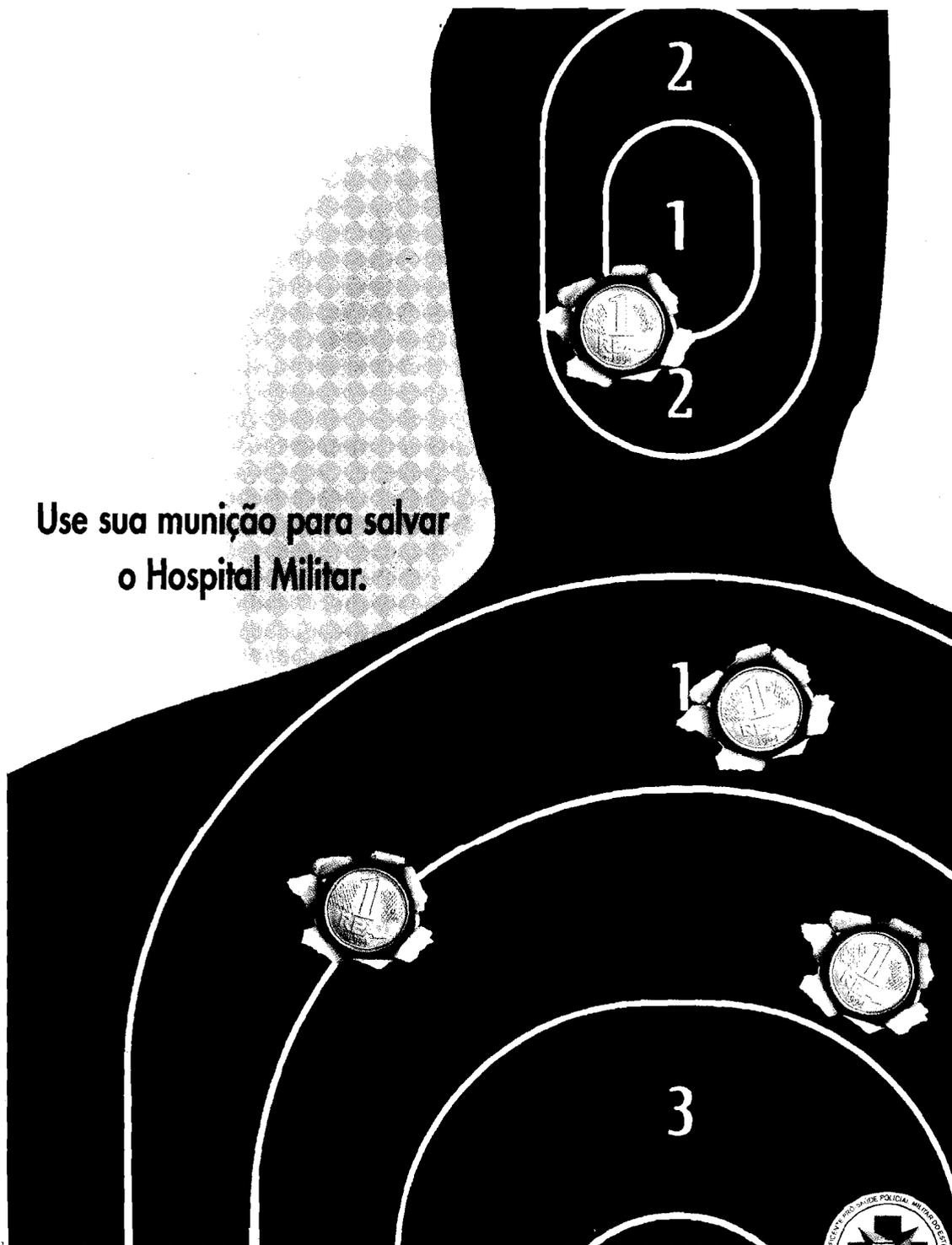
Dessa forma, suficiente a prova de autoria, corporificando-se o delito pela subtração da res mediante grave ameaça **exercida** com o emprego de arma.

- Pena sem reparos, com exasperação motivada e regime prisional bem aplicado.

Isto posto, dá-se parcial provimento ao apelo absolver-se o réu da condenação que lhe foi imposta pela prática do crime previsto no **art. 329, § 1º**, com base no **art. 386, III**, do CPP, mantendo-se, no mais, a sentença punitiva de 1º grau.



**Use sua munição para salvar  
o Hospital Militar.**



**Se cada um de nós ajudar com algumas moedinhas por mês, o Hospital Militar vai ficar nota 10! Colabore. No final das contas, quem sai ganhando é você.**



**Associe-se:**

**e-mail: [propm@ig.com.br](mailto:propm@ig.com.br) - Telefone (11) 6693-2658 / 2962**

# Participe da PRÓ-PM



Se você ajudar, o campo é imenso.

Cada um participa com aquilo que pode dar.

Se você é alegre, dê sua alegria;

Se você é paciente, dê sua paciência;

Se você é habilidoso, dê sua habilidade;

Se você tem tempo, ajude com o seu tempo.

Se você é instruído, transmita os seus conhecimentos.

Na nossa Associação algumas pessoas participam dando o seu tempo assistindo e dando apoio aos pacientes do H.P.M;

Outras tem dado o seu conhecimento profissional e técnico para fazer funcionar o sistema.

Outras, ainda, tem contribuído com dinheiro, materiais ou serviços para melhorar a qualidade do atendimento ao Policial Militar no nosso sistema de saúde.

Você Policial Militar **pode participar se associando à PRÓ-PM.**

Com uma pequena **contribuição** você estará **ajudando** a todos e a você mesmo.

Venha juntar-se a nós e **traga um parente** ou **um amigo** que também queira participar.

*O Voluntário é aquele que colabora para fazer florescer um ser humano.*

Rua Alfredo Pujol, 285 - Conjunto 53 - Santana - CEP: 02017-010 - São Paulo.

Fones: **6959.9906** e **6977.0771** - Fax: **6959.9906**

Email: [propmadm@ig.com.br](mailto:propmadm@ig.com.br)



# REVISTA "A FORÇA POLICIAL"

(PERIODICIDADE TRIMESTRAL)

## PROPOSTA DE ASSINATURA

PARA ASSINAR A REVISTA PREENCHA E REMETA ESTE CUPOM A NOSSA SECRETARIA, ENDEREÇO CONSTANTE NO VERSO, ASSINALANDO A ASSINATURA DESEJADA, CONFORME OPÇÕES NO QUADRO ABAIXO. CASO NÃO SEJA POLICIAL MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO, JUNTE COMPROVANTE DE DEPÓSITO BANCÁRIO NA CONTA CORRENTE : BANESPA, AGÊNCIA 0112, Nº 13-004335-1, DIRETÓRIO ACADÊMICO XV DE DEZEMBRO - REVISTA A FORÇA POLICIAL.

Atendimento ao Assinante:

Corpo Editorial / Secretaria: (11) 3327-7403, iefax 3327-7249, E-mail: [fpolicial@polmil.sp.gov.br](mailto:fpolicial@polmil.sp.gov.br)

Diretório Acadêmico XV de Dezembro (11) 6997-7000, E-mail: [fpolicial@polmil.sp.gov.br](mailto:fpolicial@polmil.sp.gov.br)

Associação Pró-Saúde Policial-Militar do Estado de São Paulo (PRÓ-PM): tel. (11) 6959-9906, E-mail: [propm@ig.com.br](mailto:propm@ig.com.br)

NOME: _____	
POSTO/GRAD _____ E-MAIL _____	
RE _____ UNIDADE: _____	
ENDEREÇO PARA ENVIO DA REVISTA _____	
Nº _____ COMPLEMENTO _____	
CIDADE _____ UF _____ CEP _____	
FONE( ) _____ CELULAR( ) _____	
<b>OPÇÕES DE ASSINATURAS</b>	
<b>POLICIAIS MILITARES DO ESTADO DE SÃO PAULO</b> (VALOR DO EXEMPLAR R\$ 5,00)	
<input type="checkbox"/> PERMANENTE: DESTINADA EXCLUSIVAMENTE AOS POLICIAIS MILITARES DO ESTADO DE SÃO PAULO, COM DESCONTO EM FOLHA DE PGTO ATRAVES DO CÓDIGO 097182 (PRÓ-PM), ESPÉCIE 36 - DIVULGAÇÃO, PELA QUAL O MESMO RECEBERÁ A REVISTA POR PERÍODO ININTERRUPTO, ENQUANTO NÃO HOUVER MANIFESTAÇÃO EM CONTRÁRIO.	
CIVIS E POLICIAIS MILITARES DE OUTROS ESTADOS	
<input type="checkbox"/> ANUAL /4 NÚMEROS - R\$ 20,00	<input type="checkbox"/> BIANUAL/8 NÚMEROS - R\$ 40,00
<input type="checkbox"/> NÚMEROS ATRASADOS	
ESPECIFICAR: ( ) 13 ( ) 14 ( ) 15 ( ) 16 ( ) 17 ( ) 18 ( ) 19 ( ) 20 ( ) 21 ( ) 22 ( ) 23 ( ) 24 ( ) 25 ( ) 26 ( ) 27 ( ) 28 ( ) 29 ( ) 30 ( ) 31 ( ) 32 ( ) 33 ( ) 34 ( ) 35 ( ) 36	

Autorizo o desconto em folha de vencimentos.

Assinatura \_\_\_\_\_ Data \_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_

Revista "A Força Policial"  
2ª EM/PM - Biblioteca  
Pça Cel. Fernando Prestes, 115, Bom Retiro,  
São Paulo - SP  
01124-060

..... DOBRE AQUI .....

Remetente:

Nome \_\_\_\_\_

Rua \_\_\_\_\_ n° \_\_\_\_\_

Complemento \_\_\_\_\_ Cidade \_\_\_\_\_ UF \_\_\_\_\_

Cep \_\_\_\_\_

## **"CANÇÃO MILITAR PAULISTA"**

Dedicada ao Sr. Tenente Coronel Pedro Dias de Campos  
Comandante do Primeiro Batalhão da Força Pública de S. Paulo

**Versos de Hélio Nobre**

**Música do Major Maestro Joaquim Antão Fernandes**

1

Marcha, soldado!  
E que em teu peito pulse o robusto coração!  
À tua Pátria, satisfeito,  
ergue a mais fêrvida canção!

Estrilho

Empunh'a lança, si é preciso, e dá teu sangue à Pátria! Vail  
Morre contente e com um sorriso quem pela Pátria luta e caí!

2

Marcha! Teu sonho seja a glória!  
Ouve o clarim. É a mesma voz  
Que conduziu para a vitória  
Os denodados teus avós!

Estrilho

Empunha a lança, si é preciso, etc

3

O brasileiro não se abate;  
Sabe lutar, sabe vencer...  
Não teme o fogo do combate...  
Sempre sublime há de morrer!

Estrilho

4

Vendo a bandeira desfraldada,  
Cheia de orgulho e esplendor,  
Canta, paulista, à Pátria amada,  
Hinos vibrantes de louvor!

Estrilho

5

Sê bravo e altivo na defesa  
De tua farda e teu fuzil!  
Colhe troféus para a grandeza  
E para a glória do Brasil!

Estrilho