

A FORÇA POLICIAL



VOCÊ PODE CONFIAR

185 anos

POLICIAMENTO

INTERIOR - 7



POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO
V.1, N.3 2016

Expediente

A revista A Força Policial, de caráter técnico-científico e informativo, é uma publicação trimestral, de responsabilidade da Coordenadoria de Assuntos Jurídicos - CAJ.

Caberá ao Conselho Editorial, após análise das propostas, decidir sobre a conveniência e a oportunidade das publicações

Conselho Editorial

Presidente

Cel PM Ricardo Gambaroni

Vice-Presidente

Cel PM Francisco A. Aires Mesquita

Editor

Cel PM Gilberto Tardochi Da Silva

Cel PM Ieros Aradzenka

Cel PM Audi Anastacio Felix

Cel PM Marco Antonio Severo Silva

Cel PM Adilson Luís Franco Nassaro

Secretário

Cel PM Tercius Zychan De Moraes

Revista A Força Policial

Quartel do Comando Geral
Praça Cel Fernando Prestes 115 - Luz
São Paulo – SP
CEP: 01124-060
email: aforcapolicial@policiamilitar.sp.gov.br

Sumário

CPI-7 faz parte da história de Sorocaba

04



Direito Político Militar

06



Casal de Militares: Lei Maria da Penha e a aplicação de seus Institutos Protetivos ao Direito Castense

18



A Legitimidade e a Legalidade da Confecção do Termo Circunstanciado de Ocorrência pela Polícia Militar e os debates acerca da Implantação de um Ciclo Completo de Polícia

30



Prisão em Sala de Estado-Maior - Prerrogativa Anacrônica e Inconstitucional

44



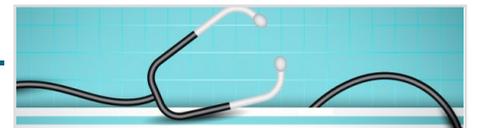
A recusa de obediência no direito Penal Militar

90



O MÉDICO MILITAR - História, Brasil nas Guerras e Polícia Militar do Estado de São Paulo

102



Sandro Moretti - Oficial PM, renomado atleta

108





Foto do CPI-7 em 1976

Comando de Policiamento do Interior 7 faz parte da história de Sorocaba

O Comando de Policiamento do Interior Sete CPI-7, originou-se em 1927, como 7º Batalhão sediado no casarão do Parque D. Pedro II, Cambuci, São Paulo. Em 1932, após a Revolução Constitucionalista foi transferido para Itapetininga, e em 1935, mudou-se de Itapetininga para Sorocaba permanecendo até os dias de hoje. Em 1938 foi construído e inaugurado um prédio novo e apropriado para o então 7º Batalhão de Infantaria.

Desde sua criação na Capital e depois mudando para o interior, o 7º BPM/I participou de inúmeras Operações Militares de real valor e significado histórico, tais como, participação do Levante de Goiás, que sob a orientação do Coronel Pedro Dias de Campos, deu combate aos revoltosos no ano de 1924; por ocasião das enchentes de 19 de janeiro de 1929, uma das maiores já vistas em Sorocaba, o Batalhão se desdobrou no emprego de tropas em socorro das vítimas e policiamento da área afetada; participou efetivamente do Movimento Revolucionário de 1932, tendo combatido em várias cidades do interior; conta-se com pesquisas de fontes fidedignas que o Primeiro e Segundo Corpo da Guarda Cívica da Capital estiveram em Sorocaba e região, por volta de 1918, no combate da praga dos gafanhotos, tendo depois participado nas campanhas de combate ao cancro cítrico e moléstia de chagas nos anos de 1955 a 1957.

Participou em Sorocaba e região em combate e manutenção da ordem pública por ocasião de várias greves na região, principalmente da Estrada de Ferro Sorocabana; teve participação inequívoca na preservação da ordem pública por ocasião do movimento militar de 1964, em Sorocaba e região.



DENOMINAÇÕES DESDE SUA CRIAÇÃO

Desta forma, o Quartel da Polícia Militar de Sorocaba, faz parte da história da cidade desde sua construção na década de 30.

O CPI-7, desde sua origem até nossos dias, teve as seguintes denominações:

- Segundo Corpo da Guarda Cívica de São Paulo, em 15 de janeiro de 1913;
- 7º Batalhão de Infantaria, em 01 de janeiro de 1925;
- 7º Batalhão de Caçadores Paulistas, em 23 de julho de 1931;
- 7º Batalhão Policial, em 15 de julho de 1960;
- 7º batalhão de Polícia Militar do Interior, em 15 de dezembro de 1975;
- CPA/I-7, Comando de Policiamento de Área da Região de Sorocaba, instalado em caráter experimental em 1974 no 7º BPM de Sorocaba, e criado oficialmente dia 14 de janeiro de 1976; e,
- finalmente, em 01 de janeiro de 2000, através do Decreto nº 44.447, publicado no Diário Oficial do Estado do dia 31 de dezembro de 1999, criou-se o CPI-7 (Comando de Policiamento do Interior-7).

Direitos políticos dos militares



Paulo Adib Casseb

Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo para o biênio 2014/2015 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo

INTRODUÇÃO

O tema que será enfrentado neste trabalho, com ênfase na cidadania passiva dos militares, revela-se um dos mais interessantes tópicos dos direitos políticos, tendo em vista a proeminência do instituto da representação no modelo democrático contemporâneo, tornando imprescindível a boa compreensão dos requisitos que habilitam à participação política, bem como a ciência exata de suas restrições, afinal, as inelegibilidades existem para a proteção da própria cidadania, para *"defender a democracia contra possíveis e prováveis abusos"*, como bem assentou Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹.

¹ FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 101.

No plano do Direito Constitucional, a cidadania exprime o exercício dos direitos políticos e compreende dois polos: a cidadania ativa e a cidadania passiva. A primeira refere-se ao direito de votar e a segunda ao direito de ser votado. Uma alude à figura do eleitor (ativa) e a outra à do elegível (passiva).

Internacionalmente, diversos ordenamentos jurídicos estabelecem, no âmbito constitucional ou na ordem legal, os requisitos para o exercício da cidadania nas esferas ativa e passiva. Além disso, a cidadania

passiva merece mais atenção do legislador, porque na democracia representativa o povo governa a si mesmo predominantemente de modo indireto, mediante

representantes eleitos. Estes é que tomam, efetivamente, as decisões políticas e governam, verdadeiramente. É rara, sobretudo no Brasil, a utilização de mecanismos de democracia direta e, ainda que previstos constitucionalmente, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, não são convocados e aproveitados.

Por isso há a preocupação com a fixação clara e precisa de impedimentos para a disputa das eleições aos cargos políticos, excepcionando-se a elegibilidade. Daí a disciplina constitucional e legal das inelegibilidades, que não se confundem com os casos de suspensão dos direitos políticos, como se verifica no art. 15, da Lei Suprema brasileira, pois estes provocam não somente a privação da cidadania passiva, mas também da ativa. E inelegibilidade consiste apenas **“inaptidão jurídica para receber voto”**, empregando os termos de Djalma Pinto.²

Como lembra José Afonso da Silva³, a inelegibilidade, seja ela absoluta ou relativa, constitui impedimento à cidadania passiva, ao direito de ser votado. Não se confunde, portanto, com inalistabilidade, que configura impedimento para a aquisição da cidadania ativa e, por consequência, da capacidade eleitoral passiva, como se deduz do art. 14, § 3º, III, da Constituição. Inelegibilidade também difere de incompatibilidade, caracterizada como impedimento ao exercício do mandato, depois de eleito.

INELEGIBILIDADE ABSOLUTA

A inelegibilidade é absoluta na hipótese em que a possibilidade de lançamento de candidatura por parte de determinadas pessoas é terminantemente vedada, por impedimentos que atingem todas as eleições, em quaisquer circunstâncias, ou seja, trata-se do grau máximo de inelegibilidade.

A Constituição de 1988, no art. 14, §4º, classifica como absolutamente inelegíveis os analfabetos e os inalistáveis, os quais correspondem aos estrangeiros e conscritos.

A figura da conscrição, relativa ao serviço militar obrigatório, nasceu com a Revolução Francesa, afinal, o advento da República gerou desconfiança em relação ao Exército então existente e tal suspeição provocou

o surgimento de uma nova força armada, com base na ideia de transformar cada indivíduo em soldado. A própria Constituição da França de 1793 expressava que “a Força geral da República é composta por todo o Povo” (art. 107) e que “todos os franceses são soldados” (art. 109)⁴.

No Brasil, a definição de conscrito desponta na legislação infraconstitucional, mais especificamente no Decreto nº 57.654/66 (que regulamenta a Lei do Serviço Militar), cujo art. 3º considera conscritos os “brasileiros que compõem a classe chamada para a seleção, tendo em vista a prestação do Serviço Militar inicial”.

É bem verdade que, a partir da inteligência do texto legal, todos os “chamados” a esta seleção são denominados conscritos, porém, entre eles, somente os que efetivamente passam a cumprir o serviço militar obrigatório carecem de capacidade eleitoral ativa e incorrem na inelegibilidade absoluta.

Em razão da condição de inalistáveis, encontram-se destituídos do exercício das cidadanias ativa e passiva. A exclusão dessa categoria do exercício do sufrágio justifica-se na necessidade de preservação dos atributos do voto, no regime democrático.

O sufrágio universal distingue-se do sufrágio restrito pelo fato de que no primeiro são vedadas restrições de cunho discriminatório ao direito de votar. Inexiste, portanto, sufrágio total. Há sempre um mínimo de restrições na seleção dos eleitores, mas, nas democracias que adotam o sufrágio universal, essas limitações visam apenas a salvar interesses maiores e legítimos do Estado. Daí os requisitos para a aquisição de capacidade eleitoral ativa: a nacionalidade, em nome da soberania nacional; idade mínima de 16 anos, assegurando-se a maturidade política do eleitorado e o alistamento eleitoral, para garantir a legitimidade das eleições, permitindo o controle estatal do preenchimento da condição de eleitor e do desenvolvimento regular dos pleitos.

Como anota José Afonso da Silva⁵, para que o voto verdadeiramente exprima a vontade real e efetiva do eleitorado, deve apresentar eficácia política, sinceridade e auten-

2 PINTO, D. Direito eleitoral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 39.

3 SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.391.

4 Ana Martínez Arancón comenta que aí reside uma das diferenças entre as Constituições de 1791 e a de 1793. Na primeira, falava-se em exército profissional e, inclusive, de tropas mercenárias estrangeiras e, na segunda, as forças da nação são compostas pelo povo em armas (*La revolución francesa em sus textos*. Madri: Tecnos, 1989, p. 34. V. também, GONZÁLEZ-PACHECO, A. *La revolución francesa (1789-1799)*. Barcelona: Ariel, 1998.

5 SILVA, J. A. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 219.

ticidade, que constituem os “atributos que os sistemas eleitorais democráticos procuram conferir ao voto. Para tanto, hão de se lhe garantir dois caracteres básicos: personalidade e liberdade”.

Exatamente com o objetivo de favorecer a autonomia da vontade do eleitor, a Constituição brasileira afastou da participação política, nos polos ativo e passivo, os indivíduos submetidos, compulsoriamente, à hierarquia das Forças Armadas e à rígida disciplina militar.

O constituinte, sabiamente, optou por preservar o direito de voto dos militares de carreira, entendendo que a adesão espontânea ao serviço militar, por vocação profissional, não reduziria a autonomia da vontade eleitoral desse segmento, mesmo sujeitos à observância da hierarquia e disciplina.

É bem verdade que nem sempre prevaleceu esse posicionamento. A título ilustrativo, vale lembrar que nos primeiros momentos do Brasil constitucional no século XIX, antes da criação do alistamento eleitoral, destacava-se a precariedade do controle estatal dos pleitos. Francisco Belisário Soares de Souza⁶ descreve que “na eleição primária, cada paróquia constitui por si, independentemente de outras, um campo de batalha”. É de se imaginar os problemas que surgiriam caso fosse reconhecido, à época, o direito de voto dos militares, justamente nesse panorama de guerra eleitoral.

Além desse aspecto, também prevalecia uma leitura diferenciada da capacidade de avaliação da política por parte de todos os setores sociais sujeitos à obediência ou, de certo modo, à hierarquia e disciplina. Sob a Constituição de 1824, além dos oficiais militares, não exerciam o direito de votar, por exemplo, menores de 25 anos (exceto os casados), os religiosos que viviam em comunidade claustral, os filhos residentes com os pais, entre outros.

João Camillo de Oliveira Torres⁷ explica que tais res-

6 SOARES DE SOUZA, F. B. *O sistema eleitoral do império*. Brasília: Senado Federal, 1979, p. 38.

7 TORRES, J. C. O. *A democracia coroada*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1957, p. 284.

trições

visavam principalmente acautelar a independência do eleitor: pessoas sujeitas ao pátrio poder, que existia de fato naqueles tempos em que os filhos pediam licença aos pais para fazer a barba pela primeira vez, não estavam, pelas condições efetivas da sociedade, em situação de opinar livremente: obedeceriam, apenas, o que se lhes mandasse; o mesmo com os criados – e quais que não eram escravos? – e outras pessoas em dependência econômica rigorosa; finalmente os clérigos regulares, sujeitos a voto de obediência.

Motivando as aludidas limitações constitucionais ao direito de votar, José Antonio Pimenta Bueno⁸ adverte

que o voto não se trata de um direito individual ou da natureza, sim de uma importante função social. Ninguém vota para si só, sim para a representação nacional; a nação tem pois o direito de antever e garantir sua sorte, qualificando os votantes de modo que não sejam instrumento cego

do ministério, nem dos potentados das localidades.

Vale ressaltar que, até a ordem constitucional de 1988, cabos e soldados das Polícias Militares não possuíam o direito de votar (§2º, art. 147, CF de 1967, com redação dada pela Emenda nº 1, de 1969). A Constituição Cidadã inaugurou uma inédita concepção da participação política dos militares, mais abrangente em relação à estrutura hierárquica militar.

Assim, os comentários anteriormente apresentados pelo constitucionalista do Império ainda são pertinentes, mas, no plano militar e sob a ótica contemporânea, revelam-se apropriados tão somente aos conscritos, enquanto perdurar o serviço militar obrigatório.

INELEGIBILIDADE RELATIVA

Inelegibilidade relativa compreende impedimento que recai sobre algumas pessoas para a disputa de determinadas eleições, em circunstâncias especiais. Configura-se situação bem distinta da inelegibilidade absoluta, porque na relativa, por exemplo, determinadas pessoas poderão disputar eleições, exceto para cargos específicos (art. 14, §§5º, 6º e 7º, CF) ou mediante condições ou providências

8 PIMENTA BUENO, J. A. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1958, p. 462.

(art. 14, §8º, CF).

Robert A. Dahl⁹ assinala que na democracia, calcada na igualdade política, prepondera o “juízo moral pelo qual todos os seres humanos têm o mesmo valor intrínseco, que nenhuma pessoa é intrinsecamente superior a outra, e que se deve dar igual consideração ao bem ou aos interesses de cada um”, o que denomina igualdade intrínseca.

A igualdade política, embora represente a base da democracia em sentido político, comporta restrições tendentes a preservação de valores superiores também cultuados constitucionalmente em Estados democráticos, tais como a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico e o abuso do exercício de função (art. 14, §9º, CF), que justificam a imposição constitucional e legal de inelegibilidades.

Por isso, afigura-se legítima a previsão constitucional de certas limitações à elegibilidade dos militares, não como medidas discriminatórias e contrárias à igualdade política, mas em nome da preservação da plenitude do regime democrático.

É próprio do regime democrático e do sistema pluripartidário a restrição de direitos de expressão política às Corporações armadas. Nessa linha, a Constituição brasileira veda a filiação partidária, a sindicalização e a greve dos militares. Desse modo, a Lei Suprema regulou diferentemente a liberdade de expressão de civis e militares.

Nos Estados ditatoriais, de partido político único, as Forças Armadas se confundem com o partido do governo. Encontram-se postas à defesa do Estado e do partido do Estado. Pontes de Miranda¹⁰ explica que “ou o Estado é unipartidário e as próprias forças armadas são integradas nesse partido”, como ocorreu na União Soviética, na Alemanha de Hitler e na Itália de Mussolini, “ou o Estado é pluripartidário, e as forças armadas devem assistir ao desenrolar das lutas políticas, sem delas intervir”.

Em síntese, conforme sublinha Pontes de Miran-

9 DAHL, R. A. *La igualdad política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 19.

10 PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo: RT, 1970, tomo IV, pp. 594 e 595.

da¹¹, a atuação política em partidos dos militares será defesa ou não de acordo com o modelo de organização política instituído: “Estado unipartidário, ou totalitário, Exército e Armada partidários; Estado pluripartidário, Exército e Armada só assistentes”.

A mesma questão é reforçada por Luís Pimentel¹², ao afirmar

o desempenho de cargos políticos por militares só se afirma, sem aparentes dificuldades, em regimes de partido único, ou seja, em regimes ditatoriais. Em regimes democráticos, o militar que sinta apetência pela política e pelo desempenho e pelo desempenho dos inerentes lugares, o melhor que, em regra, terá a fazer será ‘despir o uniforme’, abandonar o serviço activo e optar pela carreira política. Até porque a passagem pela política raramente deixa sem marca a imagem de isenção do militar, com os inerentes reflexos nos seus camaradas de armas.

Essas razões justificam não apenas a vedação à filiação partidária, como também a imposição de inelegibilidades aos militares, afinal, militar detentor de mandato político e filiado a partido deixa de ser defensor da

nação ou do Estado e passa a representar determinado segmento político, o que é incompatível com o exercício do cargo militar. Daí o nome das agremiações políticas que monopolizam as disputas eleitorais: “partido”, relativo à “parte”. O militar partidário, e no exercício de mandato, submete-se ao programa e decisões de seu partido, perdendo a isenção inerente às Forças Armadas.

Nas democracias, as armas servem de instrumento da paz e não do poder. Assim, todas as considerações ora apresentadas voltam-se não apenas às Forças Armadas, como também aos integrantes da Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar.

É flagrante a inconveniência de se permitir que militares da ativa acumulem suas funções com o exercício de mandato político. Haveria verdadeira militarização dos Parlamentos e dos Governos. É recomendável a inatividade para o exercício

11 PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, vol III, p. 359.

12 PIMENTEL, L. *A restrição de direitos aos militares das forças armadas*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008, p. 320.

de mandatos políticos.

Luís Pimentel¹³ pondera que

a vida prática revelou casos [em Portugal] em que o exercício do direito de candidatura política, com obrigatória passagem à reserva, representou não um sacrifício inaceitável, mas antes constituiu um “muito útil” requisito. Referimo-nos aos casos, muito divulgados na comunicação social, de um conjunto de militares, pilotos da Força Aérea que se candidataram a eleições por partidos políticos (que nisso aparentemente colaboraram) a fim de, assim, terem garantida a saída da Força Aérea, para poderem empregarse em companhias de aviação comercial, com condições de retribuição (remuneratórias e outras) muito superiores.

A Constituição brasileira de 1988 abordou a matéria de modo a considerar os militares, em princípio, elegíveis. Sendo o alistamento eleitoral um dos requisitos de elegibilidade (art. 14, §3º, III, CF), o §8º do art. 14 da CF dispõe que os militares alistáveis são elegíveis, porém mediante as condições expostas nos seus incisos:

I – se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II – se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

Por razões meramente didáticas, a análise do mencionado dispositivo constitucional partirá do inciso II. Este é inequívoco ao prescrever a elegibilidade do militar com mais de dez anos de serviço. Pelos motivos já examinados, decorrentes da inconveniência da participação política de militares em atividade, o texto em apreço simplesmente estabelece que a autoridade superior determinará a agregação do militar que pretender candidatar-se a cargo público eletivo e, no caso de vitória nas urnas, passará para a inatividade (reserva ou reforma) no ato da diplomação.

Segundo De Plácido e Silva¹⁴, agregação, “no direito militar, é o ato de excluir o militar da escala numérica ou lotação do quadro a que pertence, para o efeito de vaga, embora permaneça na ativa”.

13 PIMENTEL, L. A restrição de direitos. op. cit., p. 325.

14 DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 82.

Essa não é exatamente a definição de agregação extraída do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80). O art. 80 desse diploma legal estipula que “agregação é a situação na qual o militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu Corpo, Quadro, Arma ou Serviço, nela permanecendo sem número”. A permanência ou não do agregado em situação de atividade dependerá das circunstâncias detalhadas nessa Lei.

O Estatuto dos Militares contempla duas modalidades de agregação:

a) A prevista no art. 81, na qual o militar permanecerá

“em serviço ativo” e será determinada quando o militar for nomeado para cargo, militar ou considerado de natureza militar, no país ou no exterior, não previsto nos quadros de organização ou tabela de lotação da respectiva Força Armada; for posto à disposição exclusiva do Ministério da Defesa ou de Força Armada diversa da que pertença; houver ultrapassado seis meses contínuos em licença para dispor sobre interesses particulares ou acompanhamento de cônjuge ou companheiro

(a); entre outras situações.

Segundo De Plácido e Silva, agregação, “no direito militar, é o ato de excluir o militar da escala numérica ou lotação do quadro a que pertence, para o efeito de vaga, embora permaneça na ativa”.

b) A disposta no art. 82, que pressupõe o afastamento temporário do serviço ativo por ter sido julgado incapaz temporariamente após um ano de contínuo tratamento; houver ultrapassado um ano contínuo de licença para tratamento da própria saúde; entre outras inúmeras hipóteses, merecendo destaque a de pretender candidatar-se a cargo público eletivo.

Em suma, para as Forças Armadas, pode haver agregação coexistente com a atividade e com a inatividade do militar, de acordo com as hipóteses legais. Isto não significa que o instituto da agregação deva, necessariamente, comportar essa dupla modalidade. Exemplo disso é o Decreto-lei nº 260/70, que dispõe sobre a inatividade dos integrantes da Polícia Militar do Estado de São Paulo, cujo art. 4º estatui que a “agregação é o ato pelo qual o policial militar da ativa passa temporariamente à condição de inativo, a pedido ou *ex officio*”. Assim, no Estado de São Paulo, a agregação está associada, obrigatoriamente, à ina-

tividade temporária.

Esse é o regime constitucional da elegibilidade do militar com mais de dez anos de serviço: caso pretenda candidatar-se será agregado (mediante determinação de superior), a partir do deferimento do registro da candidatura e somente passará à inatividade definitiva com a diplomação. Frise-se que a transferência para a inatividade independe de pedido do diplomado.

Polêmica haverá no caso de militar com menos de dez anos de serviço, pois o inciso I do §8º do art. 14 da Constituição simplesmente anota que ele “deverá afastar-se da atividade”.

A redação e o conteúdo desse inciso I têm sido alvo de acentuada polêmica. Uma delas refere-se à iniciativa para o afastamento do militar. Paulo Napoleão Nogueira da Silva¹⁵ anota que a expressão “deverá afastar-se” sugere ato de iniciativa do próprio candidato, o que não parece condizer com a mens do inciso seguinte, e o conjunto formado pelos dois; além disso, seria de indagar qual a situação de sua candidatura, se não tomasse o militar a iniciativa de afastar-se. Nesta hipótese, ao que tudo faz concluir o constituinte deixou a solução aos eventualmente interessados em impugnar tal candidatura; mas, essa solução é inconstitucional em essência, porque abre caminho ao descumprimento de princípio expresso na Constituição. Com efeito, segundo a redação de que se cuida, se o militar candidato não tomar a iniciativa de se afastar, e não houver impugnação à candidatura

– o Poder Judiciário só age mediante provocação
– prevalecerão as duas situações pessoais que a Constituição considera incompatíveis, a de militar em serviço e a de candidato.

Repare-se apenas a expressão “em serviço” empregada pelo autor que, conforme será comentado adiante, difere da alocação “na ativa”, sendo a esta segunda situação que a Constituição alude no §8º do art. 14.

15 NOGUEIRA DA SILVA, P. N. *Breves comentários à constituição federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. I, p. 241.

Outra questão controvertida é a marcante divergência sobre a necessidade ou não de desligamento da carreira militar, no ato do registro da candidatura, na hipótese do inciso I do §8º do art. 14 da CF. A posição corrente é a de que o militar com menos de dez anos de serviço, que pretenda candidatar-se a cargo público eletivo, deverá afastar-se definitivamente da Corporação militar que integra, pedindo exoneração.

Filiou-se a esse entendimento o Tribunal Superior Eleitoral, prescrevendo que “a transferência para a inatividade do militar que conta menos de dez anos de serviço é definitiva, mas só exigível após deferido o registro da candidatura¹⁶”.

Na Resolução nº 20.598¹⁷, de 13.04.2000, a mesma Corte Eleitoral acrescenta que “o afastamento do militar, de sua atividade, previsto no art. 14, §8º, I, da Constituição, deverá se processar mediante demissão ou licenciamento *ex-officio*, na forma da legislação que trata

do serviço militar e dos regulamentos específicos de cada Força Armada”, precisando que o referido dispositivo constitucional impõe o desligamento do militar da Corporação para que se torne elegível.

No Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento do Recurso Extraordinário nº 279.469-RS, em 28.08.2001, o então Ministro Relator Maurício Corrêa apresentou voto sustentando tese diversa, enveredando para a interpretação de que o inciso I do §8º do art. 14 da Constituição não requer a exclusão do militar que conte menos de dez anos de serviço, autorizando seu afastamento provisório. À época houve pedido de vista e suspensão do julgamento, o qual foi retomado e concluído em 16.3.2011, prevalecendo a tese de que, na situação em apreço, o militar deverá afastar-se definitivamente da atividade (RE nº 279.469-RS, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, red. para o acórdão Min. Cezar Peluso, 16.3.2011).

Em sentido diverso do que vingou no STF, posicio-

16 TSE – Recurso Especial Eleitoral nº 20.318 – Classe 22ª – Pará, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, votação unânime, j. 19.09.2002, publicado em sessão. No mesmo sentido AC nº 20.169/02.

17 Esta Resolução decorreu da Consulta nº 571 – Classe 5ª – Distrito Federal, Rel. Min. Costa Porto.

na-se Ronaldo João Roth¹⁸, para quem o afastamento exigido pelo mencionado inciso I implica inatividade provisória, permitindo “o retorno ao estado anterior, cessada a causa” e fundamenta seu entendimento a partir da interpretação sistemática do Ordenamento Supremo, expondo que o constituinte de 88 em diversos momentos usou a palavra afastamento, ou seja, art. 38 e seus incisos (todos atinentes ao servidor público eleito, garantindo ao titular do cargo eletivo – obtido por concurso

– a continuidade no cargo, embora afastado para o mandato eletivo, contando-se este como tempo de serviço e permitindo o cômputo deste para fins de promoção por antiguidade, além da definição dos valores previdenciários com base no cargo efetivo, a despeito da opção de remuneração); no art. 42, §40 (atinentes ao militar que ocupa temporariamente cargo, emprego ou função civil, contando-se o tempo de serviço para transferência para a reserva e promoção por antiguidade, situação em que o afastamento é limitado a dois anos e corresponde a agregação, findo o qual o militar passa para inatividade); art. 56, II (cuidando do afastamento de Deputado ou Senador pelo prazo de até cento e vinte dias); art. 86 (caso de processo comum ou de responsabilidade contra o Presidente da República, cujo afastamento das funções será automático e até o prazo de 180 dias, quando, se não terminado o processo, retomará as funções sem prejuízo do andamento do processo); no art. 96 (relativo a competência dos Tribunais conceder afastamentos aos integrantes do Judiciário que lhe forem vinculados – Juízes e servidores). Em todas essas hipóteses, observa-se que o constituinte não usou do termo afastamento como situação definitiva, mas sempre como situação provisória, ora como direito sem cominar qualquer sanção, ora como sanção na hipótese da suspensão das funções.

Realmente, é preciso atentar para o fato de que o dispositivo em comento emprega a expressão “deverá afastar-se da atividade”. E, concretamente, “situação de atividade” tem como oposto a de inatividade (re-

serva ou reforma), não coincidindo com a figura da exclusão.

Célio Lobão¹⁹ pontua que “militar em situação de atividade é o incorporado às Forças Armadas, à Política Militar, ao Corpo de Bombeiros, para neles servir em posto, graduação ou sujeição à disciplina militar”, ou seja, militar em situação de atividade, no serviço ativo, na ativa, pode ou não encontrar-se em serviço ou em função de natureza militar. O militar em férias, licença, em momento de lazer no interior do estabelecimento militar ou fora dele, no interior de seu lar, encontra-se em situação de atividade, no serviço ativo, mas não no exercício de função do cargo militar. Militar no serviço ativo, na ativa, em situação de atividade, tem como oposto militar na inatividade, na reserva, reformado.

A expressão “afastar-se da atividade”, contida no inciso I, refere-se ao momento pré-eleitoral, ou seja, afastar-se da atividade para lançamento de candidatura. Quando se afasta da atividade, ingressa-se na inatividade. Apesar da posição predominante, mostra-se plausível a interpretação de que “afastar-se da atividade” não significa desligamento da Força Armada.

“militar em situação de atividade é o incorporado às Forças Armadas, à Política Militar, ao Corpo de Bombeiros, para neles servir em posto, graduação ou sujeição à disciplina militar” pontua Célio

Lobão

Contudo, mesmo que se adote a tese do afastamento temporário e não definitivo do militar que conta menos de dez anos de serviço, para lançamento de candidatura, cumpre advertir que o inciso I nada explicita quanto à situação do militar eleito e diplomado. Evidentemente,

pode-se argumentar que o aludido inciso nada apresenta sobre a questão, pois o próprio dispositivo exige o desligamento pré-eleitoral.

Mas sob a ótica dos que sustentam que a Constituição impõe somente o afastamento temporário, conclui-se que nada foi previsto acerca da situação do militar eleito e diplomado (e que contava menos de dez anos de serviço). Nesse caso, haveria que se promover uma interpretação conjugada dos dois incisos, afinal se a Lei Maior tratou separadamente os militares com mais e com menos de dez anos de serviço é porque pretendeu diferenciar as situa-

18 ROTH, R. J. *Elegibilidade do militar e suas restrições*. www.jusmilitaris.com.br. Acesso em 17.02.2010.

19 LOBÃO, C. *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 121.

ções em ao menos um aspecto: enquanto o militar eleito e diplomado, que contava mais de dez anos de serviço, passa para a inatividade, aquele que contava menos de dez anos e obtém a vitória nas urnas, efetivando-se a diplomação, perderá o cargo militar. É o que justificaria previsão constitucional expressa de ingresso na inatividade, após a diplomação, apenas ao militar que contava mais de dez anos de serviço.

Em suma, partindo da perspectiva de que o inciso I condiciona a disputa eleitoral ao afastamento temporário no registro da candidatura, a conclusão de que o êxito eleitoral, seguido da diplomação, acarreta a exclusão da Instituição Militar parece ser a solução conciliatória entre o

direito ao sufrágio passivo e a compreensível preocupação de se impedir que oportunistas eleitores utilizem-se do ingresso nas Forças Armadas e na Polícia Militar como forma de trampolim político.

Entretanto, como anotado anteriormente, o Pretório Excelso, por maioria (em 16.03.2011), optou pela interpretação de que o art. 14, §8º, I, da CF impõe o afastamento definitivo do militar pretendente a cargo eletivo.

Quanto à filiação partidária, condição de elegibilidade exigida constitucionalmente, o Tribunal Superior Eleitoral preceitua que “a filiação partidária contida no art. 14, §3º, V, da Constituição Federal não é exigível ao militar da ativa que pretenda concorrer a cargo eletivo, bastando o pedido de registro de candidatura após prévia escolha em convenção partidária (Res. – TSE nº 21.608/2004, art. 14, §1º)²⁰”.

INELEGIBILIDADES INFRACONSTITUCIONAIS E A LEI DA “FICHA LIMPA”

Com base no §9º do art. 14 da Constituição, a Lei Complementar nº 64/90 estipulou outras tantas inelegibilidades, sendo que algumas delas repercutem

diretamente no campo militar.

A primeira aplicação da LC nº 64/90 no âmbito militar, que merece citação neste trabalho, desponta no seu art. 1º, II, I, o qual determina a inelegibilidade para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República dos servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos da Administração Pública direta e indireta

de todos os Entes da Federação que não se afastarem três meses antes do pleito.

Em relação aos militares, essa norma relativa à desincompatibilização foi analisada pelo Tribunal Superior Eleitoral, o qual reconheceu a “elegibilidade (CF, art. 14, §8º, e Res./TSE

20.993/2002), independentemente da desincompatibilização reclamada pelo art. 1º, II, I, da LC 64/90, pois só com o deferimento do registro de candidatura é que se dará, conforme o caso, a transferência para a inatividade ou a agregação (cf. REspe 8.963)²¹”.

Além dessa questão atinente à desincompatibilização, a “Lei das Inelegibilidades” contém importantes prescrições voltadas especificamente aos militares ou a eles aplicáveis por extensão. Chama a atenção a edição da Lei Complementar nº 135/2010, apelidada “Lei da Ficha Limpa”, que alterou o texto da LC 64/90, cujo art. 1º, I, e, passou a estatuir que são inelegíveis para qualquer cargo, “os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por **órgão judicial colegiado**, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes” que relaciona no próprio dispositivo.

A citada inovação legal agasalhou a possibilidade de verificação de inelegibilidade antes mesmo de sentença judicial transitada em julgado, bastando, para tanto, a presença de condenação penal proferida por órgão colegiado do Poder Judiciário. Percebe-se que a

20 Conforme Resolução nº 21.787, de 01.06.2004, decorrente da Consulta nº 14 – Classe 5ª – Distrito Federal, Rel. Min. Humberto Gomes de

21 TSE – Recurso Especial Eleitoral nº 20.169 – Classe 22ª – Mato Grosso, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

nova lei não exige decisão proferida por Tribunal, nem tampouco empregou expressões como “órgãos judiciais de 2ª instância ou Tribunais Superiores”. Contentou-se com a alocação “órgão judicial colegiado”.

Percebe-se que a LC 135/2010 não se preocupou com eventual exigência de manifestação judicial de tribunais, cujas decisões são dotadas da garantia da estabilidade, vez que delas há interposição de recursos tão somente nos estreitos casos autorizados pelo ordenamento jurídico, enquanto que as sentenças de 1º grau revelam-se juridicamente precárias, no sentido de que são naturalmente recorríveis.

Claro está que o legislador afastou-se dessa preocupação, preferindo estabelecer a inelegibilidade a partir de decisões não transitadas em julgado, emanadas, genericamente, de órgãos judiciais colegiados. Infere-se que a LC 135/2010 conferiu mais importância ao fato de ter sido decretada a condenação por colegiado do que por decisão estável.

Com efeito, marcam as decisões colegiadas o debate mais intenso, o fortalecimento da independência judicial (pois um conjunto de julgadores permanece menos afeito a pressões externas) e o controle recíproco entre magistrados, típico dos atos decisórios coletivos (vez que cada juiz manifesta-se, publicamente, na presença dos demais), o que legitima, segundo a inovadora ordem legal, a fixação de inelegibilidade antes mesmo do trânsito em julgado.

Caso o objetivo da LC 135/2010 fosse condicionar a inelegibilidade à prolação de decisão condenatória estável, teria constado expressamente no seu texto a referência a julgados de Tribunais. Ademais, preocupação houvesse, por parte do legislador, em assegurar que a inelegibilidade só se originasse de decisões estáveis, inexistiria motivo para a edição da nova lei, haja vista que a estabilidade em grau máximo reside na decisão transitada em julgado. Pretendeu, então, o legislador preservar o interesse político da sociedade, impedindo candidaturas de quem sofreu condenação criminal por órgão não monocrático.

A importância dessas considerações no âmbito mi-

litar deriva da organização da Justiça Castrense brasileira, na qual a primeira instância possui a figura de colegiados julgadores, denominados Conselhos de Justiça.

Ronaldo João Roth²² explica que

há dois tipos de Conselhos de Justiça: o Conselho Permanente de Justiça e o Conselho Especial de Justiça, ambos integrados por um juiz-auditor e quatro juizes militares, estes últimos sorteados para comporem aquele Escabinato, cabendo ao oficial superior de maior patente a presidência daquele Colegiado.

No âmbito estadual, com o advento da Emenda à Constituição nº 45/04, os juizes auditores passaram a ser denominados juizes de direito, a quem coube a presidência dos Conselhos de Justiça.

O fato é que, à luz da redação dada pela LC 135/2010, ao art. 1º, I, “e”, da LC 64/90, constata-se que a única hipótese de decisão judicial de 1ª instância apta a produzir inelegibilidade, com base no citado dispositivo, é a proferida por esses órgãos colegiados e de composição mista (oficiais militares e magistrados concursados) integrantes do 1º

grau da Justiça Militar. Desse modo, é recomendável que os Conselhos de Justiça, sempre que julgarem os crimes listados pela LC 135/10, oficiem a Justiça Eleitoral para fins de ciência das condenações penais decretadas.

Outras hipóteses de inelegibilidades ancoradas na LC 64/90 também voltam-se aos militares federais e estaduais. Um delas decorre de seu art. 1º, I, “f”, segundo o qual são inelegíveis “os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos”. O texto legal anterior à LC 135/10 fixava quatro anos de inelegibilidade.

O fato gerador dessa inelegibilidade é a declaração de indignidade ou incompatibilidade com o oficialato, que gera a perda do posto e da patente, mediante processo de Conselho de Justificação, no qual é pro-

²² ROTH, R. J. Justiça militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 28.

movida uma análise ético-administrativa da conduta do Oficial (art. 142, §3º, VI, CF), bem como mediante julgamento de processo de indignidade ou incompatibilidade para o oficialato, instaurado a partir de Representação formulada pelo Ministério Público, em razão de condenação penal transitada em julgado, com imposição de pena privativa de liberdade superior a dois anos (art. 142, §3º, VII, CF). Ambos os processos são julgados pela Justiça Militar, lembrando que, na esfera estadual, inexistindo Tribunal de Justiça Militar no Estado-membro, a competência aludida desloca-se ao Tribunal de Justiça.

Igualmente as praças podem tornar-se inelegíveis pelo prazo de oito anos, a contar da decisão em processo administrativo ou judicial que determina sua demissão do serviço público militar (art. 1º, I, "o", LC 64/90). Além das decisões judiciais nesse sentido, como inexistente a garantia da vitaliciedade das praças, os processos disciplinares que culminam com a exclusão desses militares da Corporação igualmente geram a referida inelegibilidade. Advirta-se que, apesar do termo "demissão" empregado pelo art. 1º, I, "o", LC 64/90, haverá inelegibilidade pelo prazo de oito anos também para a hipótese de decisão de expulsão, proferida em processo administrativo.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Luís Pimentel apresenta interessante panorama sobre o sistema estrangeiro²³. Em Portugal a questão da elegibilidade do militar é regulada pela Lei da Defesa Nacional e das Forças Armadas, que permite a candidatura de militares sem exigir a inatividade ou o desligamento da Corporação, impondo apenas a apresentação de requerimento da chamada "licença especial". Portanto, o militar que pretende lançar candidatura afasta-se do serviço, mediante licença especial, mas não ingressa na inatividade. Curiosamente, em razão da vedação à filiação partidária dos militares, o interessado na disputa de eleição deverá declarar, no requerimento de licença especial, que não se inscreverá em partidos, lançando

candidatura independente, figura esta autorizada constitucionalmente em Portugal.

Na hipótese de derrota eleitoral, a licença especial é extinta e o militar retorna ao serviço efetivo. Mesmo vencendo o pleito, o militar regressará ao efetivo serviço se renunciar ao mandato ou se este permanecer suspenso por mais de 90 dias. Caso obtenha o segundo mandato, passará automaticamente à reserva. O militar eleito Presidente da República ingressará, obrigatoriamente, na reserva ou será reformado na data do pleito.

Na Itália a matéria é estruturada pela Lei 382/78 – Lei de Princípios sobre Disciplina Militar, segundo a qual "as Forças Armadas devem, em todas as circunstâncias, manter-se fora das disputas políticas" (art. 6º). Aos militares em serviço é defeso participar de reuniões, manifestações e propaganda partidárias, mas podem ser candidatos, ocasião em que lhes é autorizada a propaganda política, desde que em trajes civis e fora dos recintos militares.

A condição legal para a candidatura, a exemplo do que ocorre em Portugal, é o requerimento de licença especial, que persistirá durante a campanha e o exercício do mandato.

A Alemanha fez emergir o conceito de "cidadão em uniforme", a partir da noção de que "o militar é um cidadão, só que institucional e pessoalmente incumbido de uma função muito típica e com particulares exigências, que a própria Constituição e a lei reconhecem e incorporam"²⁴.

Embora em serviço não se admita que os "cidadãos em uniforme" promovam proselitismo de correntes políticas, no período de folga podem atuar politicamente e, até mesmo, filiar-se a partido político. Porém, a Lei

24 Cf. PIMENTEL, L. *A restrição...* op. cit., p. 201. O mesmo autor acrescenta que este conceito foi "colhido na República Federal da Alemanha, onde se encontra muito consolidado e define o enquadramento dos seus militares na sociedade desde a 'refundação' das respectivas Forças Armadas (die Bundeswehr), depois da II Guerra Mundial, já na década de cinquenta do século XX e em decorrência das confrontações políticas da 'guerra fria'. Contudo, modernamente, o conceito de cidadão em uniforme está já muito difundido em vários países, particularmente entre os respectivos militares" (op.cit. p. 198).

dos Militares, de 1956, os impede de desenvolver o proselitismo político, o que alcança a distribuição de panfletos e cartazes nos recintos e bens militares.

Na Espanha, entre os diplomas legais reguladores da matéria destacam-se a Lei 85/78 – Reais Ordenanças para as Forças Armadas – e a Lei 17/99. A legislação espanhola autoriza os militares a candidatarem-se, desde que pleiteiem a licença especial, afastando-se do serviço (mas não da atividade). Derrotados nas urnas, retomam o serviço regular.

É interessante notar que, mesmo após o exercício do mandato, os militares retornam ao serviço efetivo e durante os dois primeiros anos de licença especial, mantêm o direito a promoções na carreira.

Na Grã-Bretanha, o Regulamento Real para Forças Armadas de 1975 (e posteriores alterações) veda a participação dos militares em organizações e manifestações políticas. O lançamento de candidatura às eleições legislativas depende de requerimento de reforma, ingresso na reserva ou exoneração, de acordo com cada caso. Perdendo as eleições, os militares não poderão ser reintegrados às Forças Armadas.

Observe-se que a candidatura para cargos nas unidades políticas locais dependerá de permissão do Ministro da Defesa e os militares somente participarão dessas eleições como candidatos autônomos.

O *Uniform Code of Military Justice*, nos Estados Unidos da América, impede que os militares da ativa se candidatem a cargos eletivos, proibindo também a participação em campanhas políticas e em manifestações partidárias. Possuem, porém, o direito de votar.

CONCLUSÕES

Apesar do encantamento que o conteúdo da expressão “cidadão em uniforme” produziu em alguns países europeus, é preciso lembrar que não se trata de um uniforme qualquer. Na verdade, os militares são “cidadãos em uniforme e em armas”, o que legitima as restrições à participação política desse

segmento profissional, a bem da defesa nacional, da segurança pública e da preservação do regime democrático, impedindo-se o advento da militarização dos Parlamentos e Governos, bem como do fenômeno correlato, o da partidização dos militares, cujo mister impõe isenção política.

As experiências estrangeiras analisadas propiciam a reflexão acerca dos acertos e equívocos de cada sistema. É possível concluir que o mecanismo comum em Estados europeus, de obtenção de mera licença especial para a disputa eleitoral e para o exercício de mandato, não basta para imunizar o regime democrático, de forma plena, contra os fenômenos da militarização dos Poderes eleitos e o da partidocracia militarizada.

É recomendável o ingresso na inatividade, ainda que temporária, para o exercício da cidadania passiva. Outrossim, não parece apropriado o sistema adotado em certos países, de retomada do serviço efetivo após o término

do mandato, afinal, após longo ou considerável período de exercício de mandato haverá nítida depreciação da isenção político-partidária esperada dos militares, vez que a atuação política em nome de determinadas correntes e partidos marcará sua própria imagem.

Ademais, o desempenho de atividade política, no exercício de mandato, retira o foco das funções propriamente militares, o que, por ocasião do retorno ao serviço efetivo, sobretudo após muito tempo de afastamento, prejudicaria a qualidade profissional da prestação de serviço militar.

Por consequência, revela-se razoável o modelo de restrições à cidadania passiva dos militares, delineado pela Constituição de 1988, o qual assegura o devido equilíbrio entre valores inerentes ao Estado Democrático de Direito, aos direitos políticos e à finalidade das Forças Armadas e Polícias Militares.

Igualmente merece ênfase o modelo brasileiro de inelegibilidades infraconstitucionais, especialmente o acréscimo promovido pela LC 135/10, ao contemplar a configuração de inelegibilidade mediante condenação penal prolatada por órgãos judiciais colegiados, antes mesmo do trânsito em julgado. Conforme examinado

A importância dessas considerações no âmbito militar deriva da organização da Justiça Castrense brasileira, na qual a primeira instância possui a figura de colegiados julgadores, denominados Conselhos de Justiça.

neste trabalho, essa inovação legal permite o surgimento de inelegibilidade mediante decisões judiciais condenatórias proferidas pelos Conselhos de Justiça que compõem a 1ª instância da Justiça Militar, transformando a Especializada Castrense no único ramo do Judiciário capaz de gerar inelegibilidade mediante decisão de 1º grau, posição esta que já alcançou boa repercussão na doutrina nacional²⁵. Esse fato reforça a importância da Justiça Militar e de suas particularidades, na organização do Poder Judiciário nacional.

REFERÊNCIAS

ARANCÓN, A. M. La revolución francesa em sus textos. Madri: Tecnos, 1989, p. 34.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral – Recurso Especial Eleitoral n. 20.318 – Classe 22ª – Pará, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, votação unânime, j. 19.09.2002, publicado em sessão. No mesmo sentido AC nº 20.169/02.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral – Recurso Especial Eleitoral n. 20.169 – Classe 22ª – Mato Grosso, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

DAHL, R. A. La igualdad política. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 19.

25 PINTO, D; PETERSEN, E. B. Comentários à Lei da Ficha Limpa. São Paulo: Atlas, 2014.

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 82.

FERREIRA FILHO, M. G. Curso de direito constitucional. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 101.

GONZÁLEZ-PACHECO, A. La revolución francesa (1789-1799).

Barcelona: Ariel, 1998.

LOBÃO, C. Direito Penal Militar. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 121.

PIMENTA BUENO, J. A. Direito público brasileiro e análise da constituição do império. Rio de Janeiro: Mi-

nistério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1958, p. 462.

PIMENTEL, L. A restrição de direitos aos militares das forças armadas. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008, p. 320.

PINTO, D. Direito eleitoral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 39. SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 391.

PONTES DE MIRANDA, F. C. Comentários à constituição de 1946. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, vol III, p. 359.

PONTES DE MIRANDA, F. C. Comentários à constituição de 1967. 2. ed. São Paulo: RT, 1970, tomo IV, pp. 594 e 595.

SILVA, J. A. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 219.

SOARES DE SOUZA, F. B. O sistema eleitoral do império. Brasília: Senado Federal, 1979, p. 38.

TORRES, J. C. O. A democracia coroada. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1957, p. 284.

NOGUEIRA DA SILVA, P. N. Breves comentários à constituição federal. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. I, p. 241.

ROTH, R. J. Elegibilidade do militar e suas restrições. www.jusmilitaris.com.br. Acesso em 17.02.2010.

ROTH, R. J. Justiça militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 28.

CASAL DE MILITARES

Lei Maria da Penha e a aplicação de seus institutos protetivos ao direito castrense



Jorge Cesar de Assis

Advogado Inscrito na OAB-PR. Oficial da Polícia Militar do Paraná de 1975-1995. Integrou o Ministério Público paranaense de 1995-1999. Promotor da Justiça Militar da União de 1999-2016. Sócio Fundador da Associação Internacional das Justiças Militares. Membro Correspondente da Academia Mineira de Direito Militar. Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá.

INTRODUÇÃO

Alguns fatores podem ser elencados como motivadores da edição da chamada Lei Maria da Penha, Lei 11.340, de 07.08.2006. O ponto marcante foi o caso da biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que em maio de 1983 foi vítima de seu marido, um professor universitário, sendo alvejada por ele enquanto dormia, ficando tetraplégica em consequência das sequelas sofridas e demonstrando com isso que a violência contra a mulher atinge

todas as classes sociais¹. Por conta desse triste episódio, o relatório 54, de 2001, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, responsabilizou o Brasil por omissão às infrações de Direitos Humanos.

1 Perfil da vítima: De um universo de 50 casos (restrito portanto) cadastrados pelo Serviço Social do Ministério Público na Comarca de Camboriú-SC entre 2008-2009, 82% compareceu à audiência judicial de instrução e julgamento; 54% compareceu desacompanhada de advogado; 34% eram solteiras, 16% casadas, 12% em união estável, 14% separada, 4% divorciadas e 4% viúvas; 30% tinham ensino fundamental incompleto e 6% completo, 12% ensino médio incompleto e 16% completo, 6% ensino superior completo e 6% incompleto. Apud GUIMARÃES, Isaac Sabbá e MOREIRA, Romulo Andrade. Lei Maria da Penha, Curitiba: Juruá, 2014. pp. 97-102.

Apesar de ser crime e grave violação de direitos humanos, a violência contra as mulheres segue vitimando milhares de brasileiras reiteradamente: 43% das mulheres em situação de violência sofrem agressões diariamente; para 35%, a agressão é semanal. Esses dados foram revelados no Balanço dos atendimentos realizados em 2014 pela Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM-PR).

Em relação ao momento em que a violência começou dentro do relacionamento, os atendimentos de 2014 revelaram que os episódios de violência acontecem desde o início da relação (23,51%) ou de um até cinco anos (23,28%).

Em 2014, do total de 52.957 denúncias de violência contra a mulher, 27.369 corresponderam a denúncias de violência física (51,68%), 16.846 de violência psicológica (31,81%), 5.126 de violência moral (9,68%), 1.028 de violência patrimonial (1,94%), 1.517 de violência sexual (2,86%), 931 de cárcere privado (1,76%) e 140 envolvendo tráfico (0,26%).

Dos atendimentos registrados em 2014, 80% das vítimas tinham filhos, sendo que 64,35% presenciavam a violência e 18,74% eram vítimas diretamente com as mães².

Dentre os precedentes importantes para a edição da Lei Maria da Penha, registrem-se: em 1995, o Brasil assina e ratifica 2 convenções internacionais, sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher e, a Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará); em 2002 é sancionada a lei 10.445, que alterou o parágrafo. único do art. 69, da lei 9099/95, possibilitando ao juiz, “em caso de violência familiar, determinar cautelarmente o afastamento do agressor do domicílio” e; em 2004 foi sancionada a lei 10.886, acrescentando os §§ 9º e 10º, ao art. 129, do CP, tipificando a lesão decorrente de violência doméstica.

Para o melhor entendimento da matéria, anote-se

² Dados nacionais da violência contra mulheres. Disponível em <http://www.compromissoatititude.org.br/dados-nacionais-sobre-violencia-contra-a-mulher/> acesso em 03.10.2015.

que a lei Maria da Penha é uma lei mista, tratando de aspectos penais (majorando a pena na legislação penal comum); processuais (ditando ritos para os processos); tutelares (editando medidas protetivas).

A LEI E SUA FINALIDADE

A Lei Maria da Penha traz em seu bojo a violência de gênero, violência essa dirigida especialmente contra a mulher, retratada, via de regra, pela violência doméstica. Esta violência de gênero é ampla e abrange todas as formas de submeter a mulher a sofrimento físico, sexual e psicológico, aí incluídas todas as formas de ameaças. Portanto, sua finalidade foi a criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Tentando estabelecer paralelos entre a legislação penal comum e a militar, veremos que a violência física pode ser encontrada no CP comum em seu art. 129, § 9º e 11, com tipificação também no Código Penal

Militar - CPM, art. 209 (lesão corporal) e 210 (lesão culposa). Engloba, igualmente, crimes dolosos contra a vida da mulher, destacando-se no CP comum, o art. 121, § 2º-A (feminicídio) e 122 (induzimento, instigação ou auxílio a suicídio), tipificados também no CPM, nos artigos 205 e 207.

Da mesma forma, a violência sexual é tratada no CP comum, nos crimes contra a dignidade sexual, estupro (art. 213); violência sexual mediante fraude (art. 215); assédio sexual (art. 216-A); estupro de vulnerável (art. 217-A); corrupção de menores (art. 218) e satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A). Quando praticada por qualquer ente familiar (pai, marido, namorado ou companheiro) tem sua pena aumentada da metade, de acordo com o art. 226, II, do CP.

O CP Militar também prevê esse tipo de violência, tipificando o estupro (art. 232); o atentado violento ao pudor (art. 233) e a corrupção de menores (art. 234).

Em relação à violência psicológica, o que se verifica no texto da lei é um conceito amplo que pode englobar outras formas de violência: qualquer conduta que lhe

cause dano emocional e diminuição de auto-estima ou que lhe perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

A violência patrimonial visa subordinar a mulher ao agressor, economicamente, impedindo-a de ser livre. Em relação a isso, tomando-se por base o CP comum é possível questionar-se a atual efetividade da possibilidade de isenção de pena (CP, art. 181) nos crimes patrimoniais contra a mulher. Por esse prisma, poder-se-ia, então, concluir que o art.183 do mesmo diploma apresenta-se incompleto, tutelando apenas o idoso.

A violência patrimonial no CP Militar está retratada pela previsão do furto simples (art. 240); do dano simples (art. 259); da apropriação indébita (art. 248) e do estelionato (art. 251)

Finalmente, a violência moral está ligada ao desrespeito à dignidade da mulher, e é reprimida pelos dois códigos quando tipificam a Calúnia: CP, art. 138 – CPM, art. 214; a Difamação: CP, art. 139 - CPM, art. 215 e a Injúria: CP, art. 140 – CPM, art. 216.

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA LEI MARIA DA PENHA

Argumenta-se haver uma aparente contradição entre o objeto da Lei Maria da Penha e a dicção da norma constitucional, visto que de acordo com o seu art. 1º [...] cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher, nos termos do § 8º, do art. 226 da Constituição Federal [...], enquanto que pelo § 8º, do art. 226 da Carta Magna o Estado assegurará [...] a assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações[...]. Se a expressão “cada um dos que integram a Família” não se esgota na mulher como objeto de tutela, não se pode negar que o Estado também proveu proteção especial à criança e ao adolescente, e ao idoso.

Da mesma forma há quem a considere inconstitucional, por dirigir-se tão somente à proteção da mulher. Há quem a considere uma manifestação do chamado

Direito Penal Simbólico, sem qualquer resultado prático efetivo, como a edição da lei que criou a figura do feminicídio³, a aumentar, tão-somente, o cipoal legislativo que assola o país.

O Supremo Tribunal Federal, em razão da propositura da ADC 19⁴ e da ADI 4.424⁵, decidiu que não há violação do princípio da igualdade pelo fato da lei ser voltada a proteger apenas a mulher. Decidiu, ainda que, na inexistência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais comuns acumularão as competências cíveis e criminais decorrentes da LMP. Assentou que aos casos de crimes decorrentes de violência doméstica, não se aplica a Lei 9.099/95, dessa forma, toda lesão corporal (leve ou culposa)⁶, é de ação pública incondicionada⁷.

Enfim, os artigos 12, I e 16, não foram declarados inconstitucionais, apenas lhes foi dada interpretação conforme a CF, confirmando que devem ser interpretados conforme o art. 41 da LMP⁸

QUEM É O AGRESSOR, QUEM PODE SER VÍTIMA, SEGUNDO A LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha demarcou o sujeito passivo (mulher) e deixou em aberto o sujeito ativo (que pode ser inclusive outra mulher).

A constituição da Família não mais depende exclusivamente do matrimônio (surge da união estável e da relação monoparental, conforme o art. 226, §§ 3º e 4º,

3 CABETE, Eduardo Luiz Santos. Feminicídio. Aprovada a Lei 13.104/15 e consagrada a demagogia legislativa e o direito penal simbólico mesclado com o politicamente correto no solo brasileiro. Revista Jurídica Consulex n. 439, Brasília-DF, 1º.05.2015, pp. 34-45.

4 Proposta pela Presidência da República, que tinha como objetivo declarar constitucionais os artigos 1º, 33 e 41, da LMP.

5 Proposta pelo Procurador-Geral da República, para dar interpretação conforme aos artigos. 12, I, 16 e 41, assentando a natureza INCONDICIONADA da ação penal, em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão desta, nos casos de violência doméstica.

6 STJ: a 6ª Turma rechaçou a aplicação do princípio da insignificância em caso de agressão doméstica contra a mulher, mantendo a pena de 3 meses e 15 dias, em regime aberto, imposta a um homem que agrediu sua companheira com socos e empurrões. (14.07.2015)

7 O STF, em sede de Reclamação (RCL 19.525), cassou acórdão do TJRS que, em razão do desinteresse da vítima no prosseguimento da ação penal, manteve absolvição de homem acusado de agredir a companheira. Asseverou que no julgamento da ADI 4424, decidiu que a ação penal relativa a violência doméstica é pública incondicionada (07.07.2015).

8 STJ, Súmula 542: A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada. Terceira Seção, aprovada em 26/8/2015, DJe 31/8/2015.

da CF); a maior tolerância da sociedade reconheceu a união entre homossexuais como entidade familiar, derubando, por completo os antigos supostos caracterizadores da entidade familiar. A ideia de família, portanto, ultrapassou os limites rigorosamente formais (baseados nos documentos, registro civil) para se cimentar nas relações de afeto.

É bom que se diga que a lei se funda, prioritariamente, na ideia de violência de gênero, aquela perpetrada contra a mulher motivada pela desigualdade e pela intenção de subjugar a vítima ao poder do agressor.

Com base nisso, pode-se imaginar algumas hipóteses de incidência ou não da Lei Maria da Penha às pendengas entre casais diversos:

União homoafetiva (companheira bate na companheira) : incide a Lei Maria da Penha.

Vítima travesti - vítima transexual: Para se responder a esta indagação será necessário ter em conta a ampliação do conceito de família, lembrando que objetivo da Lei é tutelar a 'mulher'. Considerar

que quando a lei fala em relações pessoais, refere-se à relação entre agressor e vítima e, a orientação sexual independente de que tanto se fala é a do agressor. O travesti não tem nenhuma característica biológica da mulher e portanto, em relação a ele não se aplicaria a Lei. Já em relação ao transexual, declarado mulher pela Justiça, e documentado como tal, iremos encontrar duas posições: 1. considerando-se o aspecto estritamente jurídico, aplica-se a LMP⁹; 2. Não se aplica¹⁰.

Delito contra a honra, envolvendo irmãs: não configura hipótese de incidência da LMP, que tem como objeto a mulher em uma perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica (STJ, CC 88.027-MG).

Questão problemática que se apresenta é em relação àquela agressão praticada pelo ex-marido ou an-

9 CABETE, Eduardo Luiz Santos. Femicídio. Aprovada a Lei 13.104/15 e consagrada a demagogia legislativa e o direito penal simbólico mesclado com o politicamente correto no solo brasileiro.....p. 36.

10 GUIMARÃES, Isaac Sabbá e MOREIRA, Romulo Andrade. Lei Maria da Penha, Curitiba: Juruá, 2014.p.51.

tigo companheiro/namorado. Verifica-se, aqui, um peccadilho cometido pelo legislador no art. 5º, III, da LMP, visto que, de forma geral, não se pode compreender o fato da agressão "na relação íntima de afeto" por quem não mais conviva com a vítima. A separação das pessoas, com exceção de certas contingências que as obrigam a isso, é, por regra, marcada pelo fim da relação afetiva.¹¹

VIOLÊNCIA DA MULHER PRATICADA CONTRA O HOMEM

Uma discussão que se apresenta igualmente, é a da possibilidade de aplicação dos institutos da Lei Maria da Penha em favorecimento do homem, agora tido como vítima, e não mais como agressor.

Respondendo afirmativamente encontramos Marcos José Pinto, para quem pode haver analogia, e se ter, de modo inverso, o homem como vítima de violência doméstica ou familiar, com a aplicação dos dispositivos da Lei Maria da Penha, já que o maior sujeito de direitos, objeto de uma lei, não é a pessoa em razão de seu sexo, mas o ser hu-

mano, que é vítima de violência, independentemente de seu gênero¹².

Em posição isolada é bom que se diga, mas a Justiça já decidiu dessa forma. Para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, "se a mulher usa a violência como forma de imposição de poder em relação ao homem, as medidas protetivas da LMP podem favorecê-lo, impondo-se analogia in bonam partem"¹³

Da mesma forma, um rápido passeio pela internet irá demonstrar, extreme de dúvidas, que a violência não é privilégio masculino. Verifiquemos as seguintes manchetes: Mulher incendia a própria casa após brigar com o marido e acertá-lo com um martelo em Ma-

11 Nesse sentido, de que tratando-se de caso entre ex-namorados, não cabe aplicação da Lei Maria da Penha, vide STJ: CC 91.980 e CC 94.447. O Tribunal considerou que, nos dois casos, o relacionamento ficou apenas na fase de namoro, simples namoro, que, sabe-se, é fugaz muitas das vezes.

12 PINTO, Marcos José. A Lei Maria da Penha pode ser aplicada quando o homem for a vítima? Disponível em <http://jus.com.br/artigos/22194/a-lei-maria-da-penha-pode-ser-aplicada-quando-o-homem-for-a-vitima>

13 TJMG, ApCrim 1.0672.07.249317-0, rel. Judimar Biber, 06.11.2007.

naus¹⁴; Mulher dispara 12 tiros contra o ex-namorado nos ingleses, em Florianópolis¹⁵; Médica que mandou cortar pênis do ex-noivo vai para prisão domiciliar em MG¹⁶; Viúva de diretor da YOKI confessa ter matado e esquartejado o marido¹⁷, para ficarmos apenas nas mais recentes.

Vídeo disponível no canal Youtube mostra as imagens de uma sargento da PM de Minas Gerais matando o namorado, também sargento da mesma corporação, a tiros de pistola, em uma churrascaria, após uma briga entre o casal, onde a mulher foi inicialmente agredida a socos, saiu do estabelecimento, e depois retornou para o desfecho trágico¹⁸.

A violência, portanto, atinge a todos, independentemente de sexo ou opção sexual, ainda que em razão de um ou de outra, possa ocorrer maior ou menor escala.

MULHERES MILITARES, SÃO SEMPRE A PARTE MAIS FRACA?

A partir de agora passamos a centrar diretamente no objeto desta análise. Trata-se de responder se a mulher militar se enquadra no perfil daquela tutelada pela Lei Maria da Penha, e se o avanço da mulher - diga-se, legítimo - na carreira militar a torna incompatível com aquela tutela e, se uma vez tutelada, isto implicaria em uma incompatibilidade com a própria vida militar.

Em relação ao ingresso das mulheres na carreira das armas, nas FFAA a Marinha foi pioneira em admitir mulheres em seus quadros (1980). O Corpo Feminino da Reserva da FAB foi criado em 1981, sendo que no Exército, o in-

A violência, portanto, atinge a todos, independentemente de sexo ou opção sexual, ainda que em razão de um ou de outra, possa ocorrer maior ou menor escala.

gresso se deu a partir de 1991.

Inicialmente executavam apenas atividades administrativas. Nos dias atuais, exercem também funções de comando¹⁹. Participam das Operações de Garantia da Lei e da Ordem, cada vez mais comuns no país e, inclusive, de missões internacionais nas Forças de Paz da ONU.

A situação é semelhante nas forças auxiliares. Na PM de São Paulo, foi cria-

do o Corpo de Policiamento Feminino em 1955, por ato do então Governador Jânio Quadros. Na PM do Paraná a P Fem foi criada em 1979 e, em Minas Gerais, em 1981.²⁰

Pode-se afirmar que, em 1984, com a alteração do DL-667/69, foi que se instituiu o embasamento legal para inclusão das mulheres nas forças estaduais (§ 2º, do art. 8º).²¹

Desnecessário lembrar que tanto as Forças Armadas quanto as Polícias e Corpos de Bombeiros Militares são fundadas em dois pilares: disciplina e hierarquia, e dessa forma, a identidade coletiva dos militares é marcada pela oposição entre o militar e o civil. Nesse sentido, "as mulheres nessas instituições devem se constituir em militares e não em mulheres militares"²².

Portanto, a condição de militar diferencia a mulher militar em relação às demais. A submissão ao estresse físico e psicológico, aos riscos da profissão, à cobrança

19 A capitão-de-mar-e-guerra Dalva Maria Carvalho Mendes, foi a primeira mulher brasileira a se tornar oficial general. Em cerimônia realizada no Palácio do Planalto, em data de 23.07.2014, ela foi promovida a Contra-Almirante, tendo ingressado na Marinha, na primeira turma do Corpo Auxiliar Feminino de oficiais, em 1.981.

20 É cada vez mais comum mulheres comandantes nas PMs brasileiras. A Polícia Militar de Alagoas oficializou, no dia 10.10.2014, a troca de comando das unidades da capital e do interior do estado. Quatro mulheres militares foram nomeadas entre os 44 cargos de comandos. A cerimônia foi realizada no quartel da PM, localizada no bairro do Centro e conduzida pelo comandante geral cel. Marcus Aurélio Pinheiro. A Major Fátima do Valle assumiu o 2º Batalhão de Polícia Militar (BPM), em União dos Palmares, na Zona da Mata. A Major Rita de Cássia assumiu a chefia de Seção Técnica de Ensino. A capitã Martins Lucena passou a comandar o setor de Procedimentos Ordinários da Seção de Polícia Disciplinar da Corregedoria e a Major Crisely Souza foi nomeada subdiretora do Serviço de Enfermagem da Diretoria de Saúde da Polícia Militar.

21 Decreto Lei 667, de 02.07.1969, art. 8º, § 2º: Os Estados, Territórios e o Distrito Federal poderão, se convier às respectivas Polícias Militares: (Redação dada pelo Del 2.106, de 6.2.1984) a) admitir o ingresso de pessoal feminino em seus efetivos de oficiais e praças, para atender necessidades da respectiva Corporação em atividades específicas, mediante prévia autorização do Ministério do Exército; (Redação dada pelo Del 2.106, de 6.2.1984)

22 TAKAHASHI, Emilia Emi, Homens e mulheres em campo: um estudo sobre a formação de identidade militar. Tese de Doutorado em Educação – Faculdade de Educação da Universidade de Campinas – UNICAMP, 2002.

14 Disponível em http://acritica.uol.com.br/manaus/Mulher-incendeia-propria-martelo-Manaus_0_1275472450.html acesso em 03.10.2015.

15 Disponível em <http://horadesantacatarina.clicrbs.com.br/sc/policia/noticia/2014/11/mulher-dispara-doze-tiros-contra-ex-namorado-nos-ingleses-em-florianopolis-4644504.html> acesso em 03.10.2015.

16 Disponível em <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/03/26/medica-que-mandou-cortar-penis-de-ex-noivo-vai-para-prisao-domiciliar-em-mg.htm> acesso em 03.10.2015.

17 Disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/viuv-confessa-ter-matado-e-esquartejado-executivo-da-yoki/> acesso em 03.10.2015.

18 Imagens mostram sargento da PM matando o namorado em Minas Gerais, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=Z40CeRgUXXE>, acesso em 27.09.2015.

do dia a dia e à cultura militar fazem da mulher militar - na expressão de Marcus Vinicius Souto Graciano - um ser especial²³.

Ademais, por força de lei, os (as) militares estaduais [e federais] são obrigados a enfrentarem o perigo e ainda se for o caso a morrerem no cumprimento do dever, o que se denomina 'tributo de sangue'²⁴, circunstância especialíssima que Allan Cesar Macena cunhou de princípio da disponibilidade da vida²⁵, comum aos militares quando do ingresso na corporação²⁶.

Um rápido passeio pelas PMs brasileiras irá demonstrar um número cada vez maior de mulheres nas forças especiais dessas corporações, como Ana da Silva, Bianca Cirillo, Ana Paula Monteiro e Marlisa Neves, as únicas quatro mulheres no Batalhão de Operações Especiais – BOPE, do Rio de Janeiro²⁷; Cláudia, Edmeiry, Denise e Vânia, integrantes do Batalhão de Polícia de Choque - BPChoque, do Rio Grande do Norte²⁸; e Anahy, a primeira mulher a assumir o Comando de um pelotão da Rondas Ostensivas Tático Móvel – ROTAM, do Paraná²⁹ dentre outras.

Responsáveis pela Defesa da Pátria, de sua soberania e Instituições, e também pela ampla, nobre e difícil missão de preservação da ordem pública, as mulheres militares encontram-se em pé de igualdade com os homens nas mesmas condições. Parece, ao menos é a impressão que se tem, que esta mulher não se amolda ao perfil daquela tutelada pela Lei Maria da Penha.

23 GRACIANO, Marcus Vinicius Souto. Aplicação da Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha – nas relações afetivas envolvendo casal de militares. Trabalho de Conclusão do Curso de Formação de Oficiais da Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, 2012. Disponível em <http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/monomarcusvinicius.pdf> acesso em 03.10.2015.

24 ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. A necessidade da Justiça Militar no Estado Democrático de Direito. Disponível em <http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/necessidadejme.pdf> acesso em 03.10.2015.

25 CESAR, Allan. A Disponibilidade da vida como princípio alicerce do militar. Revista Direito Militar nº 101, Florianópolis-SC, maio/junho de 2013.

26 Portaria Normativa do Ministério da Defesa 660, de 19.05.2009, Art. 176, V – Compromisso à Bandeira: Incorporando-me à Marinha do Brasil (ou ao Exército Brasileiro ou à Aeronáutica Brasileira) / prometo cumprir rigorosamente as ordens das autoridades a que estiver subordinado / respeitar os superiores hierárquicos / tratar com afeição os irmãos de armas / e com bondade os subordinados / e dedicar-me inteiramente ao serviço da Pátria / cuja honra, integridade e instituições / defenderei com o sacrifício da própria vida". As Polícias e os Corpos de Bombeiros Militares têm juramento semelhante.

27 Batom na Caveira, disponível em <http://www.conesulnews.com.br/brasil-mundo/batom-na-caveira-uma-conversa-com-as-unicas-4-mulheres-do-bope> acesso em 27.09.2015.

28 Batom na Tropa de Elite, disponível em <http://maximusrn.blogspot.com.br/2010/10/batom-na-tropa-de-elite.html> acesso em 27.09.2015.

29 Mulher assume pela primeira vez o comando de um pelotão da ROTAM, disponível em <http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=84827> acesso em 27.09.2015.

A medida mais recente em favor da igualdade das mulheres no meio militar foi a apresentação do Projeto de Lei - PL 213/2015, que acrescenta um segundo parágrafo, ao art. 1º da Lei 4.375/1964 – Lei do Serviço Militar.³⁰

Pelo PL, as mulheres ficam isentas do Serviço Militar em tempo de paz, garantindo-se a elas a prestação voluntária desse serviço, de acordo com suas aptidões, desde que manifestem essa opção de apresentação prevista no art. 13 da LSM.

Para a Senadora Vanessa Graziottin (PCdoB-AM), relatora do Projeto de Lei, "Não existe qualquer estudo científico que comprove inferioridade das mulheres em relação aos homens capaz de justificar a impossibilidade de atuarem com amplitude nas FFAA".

A senadora aduz que o avanço da tecnologia permitiu a evolução dos armamentos, tornando-os cada vez mais leves e automáticos. Assim, deixa de ser plausível o argumento de que falta à mulher força física, como impeditivo para figurar nos campos de batalha.

Esta igualdade, este advento a missões perigosas, cumpridas diuturnamente, parecem afastar da mulher militar o estigma da fraqueza ou debilidade. Ao menos em um primeiro momento, mas vamos em frente.

CASAL DE MILITARES E A OCORRÊNCIA DE CRIME NO AMBIENTE DOMÉSTICO - TEORIAS EXISTENTES

Na doutrina é possível encontra-se três teorias a respeito da questão.

Pela primeira, qualquer fato delituoso ocorrido entre casal militar da ativa (tendo o marido ou mulher por agente) seria crime militar, por força do art. 9º, II, 'a', do CPM, e, dessa forma não se aplica a LMP. A tese privilegia a Justiça Militar. Não há que se falar na mulher como parte mais fraca a merecer tutela especial, sendo que independe do local onde se cometa a infração.

Defendem-na: Enio Luiz Rosseto, por entender que o conceito de crime militar é *ex vis legis*, impondo-se que se atenda à lei³¹; Guilherme de Souza Nucci, que não vê diferença se o militar marido lesiona a militar esposa dentro do quartel ou dentro da residência comum do casal. Afirma tratar-se de crime militar, mas reconhece a tendência de se deixar fora do âmbito militar as agressões exis-

30 Vide MELO, Livia Aragão de. A necessidade de novas regras para o ingresso das mulheres no serviço militar. Revista Jurídica Consulex n. 442, Brasília, junho de 2015, pp.16-17.

31 ROSSETTO, Enio Luiz. Código Penal Militar Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.109.

tentes no cenário doméstico³²; também Adriano Marreiros, Guilherme Rocha e Ricardo Freitas, para quem o argumento da tutela constitucional da família deve ser tomado juntamente com o da dignidade humana, e ambos reforçam, isto sim a constitucionalidade da letra 'a', do inciso II, do art. 9º, do CPM, à agressão da esposa ou companheira contra o marido, ou entre companheiros do mesmo sexo. Concordam, no entanto, que no caso de violência praticada pelo marido contra a esposa, companheiro contra companheira, a questão é um pouco mais complexa, tendo em vista que a Lei Maria da Penha foi criada para ser aplicada nesses casos³³.

É uma teoria intransigente, convenhamos. Nem todo fato delituoso ocorrido entre militares constitui crime militar. A caracterização do crime militar não se resume a este dado objetivo, autor e vítima serem militares da ativa, devendo ser considerada a efetiva ofensa à instituição militar, que os defensores da 1ª teoria preferem passar ao largo. Com efeito, levada à risca, ou seja, aceita a ideia que uma lesão corporal causada pelo marido militar, dentro de casa, contra a mulher militar, por um motivo doméstico constitui crime militar implica em aceitar que, mesmo no seio de seu lar, o cônjuge (companheiro) de menor posto ou graduação tenha que pedir permissão para sentar-se ou retirar-se da mesa já que isto é uma regra essencial da disciplina prevista nos regulamentos de honras e sinais de respeito, e sua violação constitui transgressão. Imagine-se na hora de partilhar do mesmo leito?

Pela segunda teoria, defendida, p.ex., por Murillo Salles Freua, aceitar que o CPM e o CPPM devem ser aplicados para resolver problemas da intimidade e da vida privada do militar, sem nenhuma relação com a regularidade militar, pode gerar danos irreparáveis à regularidade da ins-

... aceita a ideia que uma lesão corporal causada pelo marido militar, dentro de casa, contra a mulher militar, por um motivo doméstico constitui crime militar implica em aceitar que, mesmo no seio de seu lar, o cônjuge (companheiro) de menor posto ou graduação tenha que pedir permissão para sentar-se ou retirar-se da mesa já que isto é uma regra essencial da disciplina prevista nos regulamentos...

tuição família³⁴, e assim, ainda que o fato seja cometido entre militares da ativa, se a mulher for a vítima, o crime seria comum, sempre, aplicando-se totalmente a Lei Maria da Penha; é a posição também de Célio Lobão, ao lecionar que se a ocorrência diz respeito à vida comum, permanecendo nos limites da relação conju-

gal ou de companheiros, sem reflexo para a disciplina, permanecerá no âmbito da jurisdição comum³⁵. Exclui a Justiça Militar. A demonstração da evolução das atividades da mulher nas Forças militares, e também do seu grau e capacidade de defender-se ou causar dano ao cônjuge (companheiro), também faz com que essa teoria se mostre intransigente, e até mesmo fora da realidade, pois a mulher objeto de tutela da Lei Maria da Penha é aquela que se apresenta de maneira desigual e subjugada pelo poder do agressor, salvo raras hipóteses, não será a mulher militar.

Finalmente, pela terceira teoria, via de regra os fatos delituosos acontecidos entre casal de militares tratam-se de crime militar impróprio, por isso aplica-se a LMP na sua parte protetiva. É uma teoria que concilia a aplicação da lei pela Justiça Militar, ou seja, em alguns casos (não todos), tratar-se-ia de crime militar, a ser processado e julgado pelo Conselho de Justiça, mas a todo tempo poderiam ser aplicadas as medidas protetivas, seja pelo Juiz-Auditor (Juiz de Direito), seja pelo Conselho de Justiça. É a posição apresentada por Abelardo Júlio da Rocha³⁶.

Ficamos com a terceira teoria, muito mais consentânea

34 FREUA, Murillo Salles. O casal de militares perante a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06). Disponível em <http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/casalmilitares.pdf> acesso em 02.10.2015.

35 LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar, 3ª edição, Brasília: Brasília Jurídica, 2006, pp. 121-122.

36 ROCHA, Abelardo Júlio da. Da eventual aplicação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha nos casos de violência doméstica contra a mulher militar, disponível em http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/aplicab_lei_mapenha_.pdf acesso em 02.10.2015.

32 NUCCI, Guilherme de Souza, Código Penal Militar Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.44.

33 FREITAS, Ricardo; MARREIROS, Adriano e ROCHA, Guilherme. **Direito Penal Militar**. Teoria crítica & prática. São Paulo: Editora Método, 2015, p.112.

com a realidade dos fatos e com os ditames constitucionais vigentes.

Independente disso, há que se ressaltar que a aplicação da teoria conciliadora passa, necessariamente, pela correta classificação do que seja crime militar, que enseja aceitarmos tratar-se de uma tipicidade indireta³⁷. Alguns passos são fundamentais frente a ocorrência de um fato delituoso que tenha ocorrido entre um casal de militares:

1º - verificação se o fato em análise está descrito na Parte Geral do CPM;

2º - se positivo, verificação se aquele fato se enquadra em uma das várias hipóteses do art. 9º, do CPM. Em sendo negativa a resposta, de crime militar não se trata;

3º - Ainda que positiva a verificação, necessário perquirir da existência de alguma causa excludente de criminalidade, pois o tipo legal indicia a antijuridicidade.

4º - por fim, inexistindo excludentes a descaracterizar a ilicitude do fato, importa analisar a efetiva ofensa à instituição militar considerada, como elemento determinante da caracterização de crime militar.

Dentro dessa análise da ocorrência de crime militar entre casal de militares, é de bom alvitre lembrar-se que ainda que se tratem de questões objetivas, e portanto facilmente verificáveis, a análise deve envolver ainda os seguintes fatores: o fato do casal de militares ser constituído de marido e mulher de igual posto ou graduação; o fato da mulher ser superior hierárquica do marido; o fato da mulher ser subordinada hierárquica do marido e; a possibilidade de pertencerem ou não à mesma Força federal ou estadual.

Portanto, pertinente a observação de Murilo Freua, de que nos casos de violência doméstica e familiar praticados fora do ambiente da caserna, será necessário igualmente analisar a qual força pertencem os militares, que fato ocorreu, qual a graduação ou posto dos envolvidos, o motivo, o lugar, entre outros³⁸.

Seguindo essa linha de raciocínio, Marcus Vinicius Souto Graciano formula a seguinte hipótese: se o marido (PM da ativa) agride sua mulher (militar do Exército da ativa), o

37 Vide ASSIS, J. C. Art. 9º do CPM: A ofensa às instituições militares como elemento determinante na caracterização do crime militar. Revista Direito militar, v. 87, p. 25-29, 2011.

38 FREUA, Murillo Salles. O casal de militares perante a Lei Maria da Penha. Disponível em <http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/casalmilitares.pdf> acesso em 03.10.2015.

marido agressor seria julgado na Justiça Militar da União?

E prossegue: se o marido militar (EB, ativa) agredisse sua mulher (PM da ativa). Pela lógica, aceitando-se que é crime militar, o agressor teria que ser julgado na Justiça Militar estadual, a qual tutela os valores das instituições militares estaduais. Eis aqui o problema: a Justiça Militar Estadual só julga PM e BM. O crime então cometido, seria comum?³⁹

Respondendo aos dois questionamentos teríamos – tendo-se em conta uma vez mais a efetiva ofensa à instituição considerada como fator determinante do crime militar - que, em princípio, e desde que houvesse alguma conotação com a instituição Exército Brasileiro, seria possível (mas não necessariamente) que houvesse crime militar e que o marido PM respondesse na Justiça Militar da União, se o fato ocorresse em um quartel das Forças Armadas. Todavia, alternando-se a instituição do marido agressor, mesmo que ofendida a instituição Polícia Militar (a agressão ocorresse agora em um de seus quartéis), o marido agressor, por ser do Exército, que pela lógica deveria ser julgado na Justiça Militar Estadual, mas isto não ocorre, porque a Justiça Militar dos Estados é restrita, julgando apenas policiais e bombeiros militares, razão pela qual o crime seria julgado na Justiça comum, não podendo ser julgado na Justiça Militar da União por inexistir lesão à instituição militar federal.

Ou seja, para o mesmo fato, apenas por ter o marido agressor como pertencente a instituição militar diversa irá apresentar duas soluções distintas, na primeira poderá ser crime militar, mas na segunda com certeza será crime comum. Esta constatação irrefutável já é suficiente para se afastar a 1ª teoria, aquela que diz que fato delituoso cometido por militar contra militar, ambos da ativa, é crime militar em qualquer situação. Será no caso concreto, a luz do exame de todas as circunstâncias que envolveram o fato delituoso, que se poderá dizer se o mesmo constitui crime militar ou não.

APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA NA JUSTIÇA MILITAR – 3ª TEORIA – MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA QUE OBRIGAM O AGRESSOR

Passemos agora a considerar a efetiva aplicação da Lei

39 GRACIANO, Marcus Vinicius Souto. Aplicação da Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha – nas relações afetivas envolvendo casal de militares, 2012, Disponível em <http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/monomarcusvinicius.pdf> acesso em 03.10.2015.

Maria da Penha em casos correntes no ambiente castrense. Seria o caso de aplicação da 3ª teoria – conciliadora já que o fato efetivamente teria sido caracterizado como crime militar⁴⁰. Uma vez constatado que estão presentes os requisitos necessários, é possível, então, a aplicação das chamadas medidas protetivas de urgência, que obviamente, obrigam ao agressor. São elas:

Suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei 10.826/2003. Finalidade: evitar um mal maior por parte do agressor. A arma, particular ou da corporação, deve ser recolhida pelo chefe imediato do militar. Providência que pode ser representada incontinenti pela autoridade de polícia judiciária militar ao Comandante do agressor ou, ser determinada pelo juiz de direito do juízo militar (juiz-auditor), de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida. Aplicação analógica, em face do art. 3º do CPPM. Se determinada, não cabe Habeas Corpus. Paciente acusado de crime sexual contra a filha, também militar. Se é possível a condenação do réu sem testemunha do estupro, com muito mais razão, é possível a aplicação analógica das medidas de proteção urgentes da LMP (TJMMG, HC. 1678/2011, rel. Juiz Fernando Galvão)

Para o Juiz Fernando Galvão, relator, seria um paradoxo contemplar a mulher militar com o afastamento do agressor do lar do casal e ao mesmo tempo ela ter que conviver com ele no quartel, principalmente se existir relação de subordinação hierárquica. O TJMMG entende que a movimentação de militar, de uma unidade para outra decorre do poder discricionário da Administração. Os militares não têm direito à inamovibilidade assentou.

A Lei Maria da Penha prevê a proibição de determinadas condutas que estão previstas no seu art. 22, III, dentre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequência de determinados lugares, a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

40 Vide ROCHA, Abelardo Júlio da. Da eventual aplicação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha nos casos de violência doméstica contra a mulher militar, disponível em http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/aplicab_lei_mapenha_.pdf acesso em 02.10.2015.

As medidas protetivas de urgência são cautelares e visam impedir danos imediatos, por isso devem ser concedidas de plano. Havendo lavratura de Auto de Prisão em Flagrante em virtude de violência doméstica e familiar praticado pelo marido militar, o oficial que estiver exercendo a função de polícia judiciária militar levará tal fato ao conhecimento do juiz de direito (juiz-auditor).

Causa espécie, até mesmo por serem medidas específicas geralmente ligadas à Vara da Família ou da Infância e Juventude, as medidas de restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a Equipe de Atendimento Multidisciplinar ou Serviço Similar e a prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Poderia o juízo militar fazê-lo? Nos termos do art. 33 da LMP, enquanto não estruturados os Juizados de Violência doméstica e Familiar, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal dela decorrentes.

As Auditorias de Justiça Militar são varas criminais sem sombra de dúvidas, assim, em princípio poderão seus magistrados acumular tais competências. Isto pressupõe que se o magistrado segue a terceira teoria – conciliadora, e pretende aplicar a Lei Maria da Penha nas causas sob seu julgamento, deverá procurar aparelhar seu juízo para este mister. Nesse ponto a equipe de atendimento multidisciplinar será fundamental.

Esta possibilidade, no entanto, é duramente criticada por Isaac Sabbá e Romulo de Andrade Moreira, entendendo ser bastante estranho (no mínimo), inclusive do ponto de vista constitucional do juiz natural, esta competência cível ser “delegada” a um juiz com competência criminal⁴¹.

DA ASSISTÊNCIA À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR – COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE POLICIAL MILITAR (Comandante). ART. 11, DA LMP

Uma vez aceita a tese de aplicação da Lei Maria da Penha aos casos delituosos envolvendo casal de militares e que caracterizem crime militar, é de se verificar, agora, a assistência que deve ser prestada à

41 SABBÁ, Isaac e MOREIRA, Romulo Andrade. Lei Maria da Penha, Curitiba: Juruá, 2014. p. 37.

mulher vítima de violência doméstica e familiar e que dela necessite.

No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial [leia-se, o Comandante, a pedido da vítima ou do encarregado do inquérito policial militar ou auto de prisão em flagrante] DEVERÁ, dentre outras providências:

I – garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato o MP e ao Juiz-Auditor (Juiz de Direito);

II – encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao IML;

III – fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;

IV – informar à ofendida os direitos a ela conferidos na LMP e os “serviços disponíveis”⁴².

É de se questionar, entretanto, como ficaria a situação no seio da caserna – reflexo do fato para a tropa -, se a mulher ofendida for superior ao marido agressor, e, muitas vezes oficial e até comandante de Unidade Militar. Poderia essa oficiala ou comandante ser destinatária das medidas de proteção em relação ao seu marido subordinado, sem perder a autoridade de seu cargo ou função?

Um rápido passeio pelo Estatuto dos Militares - EM, irá demonstrar no seu art. 34, que o Comando é a soma de autoridade, deveres e responsabilidades de que o militar é investido legalmente quando conduz homens ou dirige uma organização militar. O comando é vinculado ao grau hierárquico e constitui uma prerrogativa impessoal, em cujo exercício o militar se define e se caracteriza como chefe.

Da mesma forma, o art. 36 do EM assevera que o oficial é preparado, ao longo da carreira, para o exercício de funções de comando, de chefia e de direção. O art. 37, por

sua vez, dispõe que os graduados auxiliam ou complementam as atividades dos oficiais, quer no adestramento e no emprego de meios, quer na instrução e na administração.

A lei cercou o oficial de inúmeras garantias e prerrogativas para o exercício da sua nobre função, e fez isso de tal forma que previu, inclusive, no parágrafo único do art. 42, do Código Penal Militar, o estado de necessidade justificante para o comandante, segundo o qual, “não há igualmente crime quando o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade,

compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque”.

Enfim, o oficial, ou mesmo o comandante, poderia receber esta proteção legal em relação ao seu marido (companheiro) subordinado? Esta é uma questão para reflexão, conquanto em um primeiro momento se possa ser levado a responder negativamente, veremos que a análise so-

mente poderá ser feita no caso concreto, mesmo porque, a violência contra superior ou contra o inferior sempre existiu na caserna, tanto que o próprio Código Penal Militar lhe faz expressa previsão na sua Parte Especial, nos crimes contra a autoridade e a disciplina militar.

Que se dirá então da violência entre um casal, mesmo que de militares, ainda que indesejada a violência ela poderá acontecer, e, convenhamos, o superior não perde a autoridade porque em dado momento foi subjugado fisicamente pelo subordinado. A verdadeira força decorrente da hierarquia e da disciplina está concentrada no cargo ou função ocupada, e não guarda nenhuma relação com a força física que um militar possa ter a mais que outro.

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR ENTRE CASAL DE MILITARES SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS

Já nos encaminhando para o final deste trabalho, veremos agora a posição dos tribunais brasileiros. De um modo geral, parece que as Cortes têm se encaminhado

42 Obviamente que o magistrado da Justiça Militar que decide aplicar a Lei Maria da Penha aos crimes militares deverá ter uma relação de todos os serviços disponíveis na área de sua jurisdição.

para o aceite da terceira teoria – a conciliadora, ou seja, frente ao eventual conflito aparente de normas, verificar, no caso concreto, se ocorreu efetiva ofensa à instituição militar. Em caso positivo, trata-se de crime militar e, ao contrário, de delito comum, a ser resolvido na esfera comum.

Iniciemos pelo Supremo Tribunal Federal, e nele com o emblemático HC 103.812 – SP⁴³, interposto pela Defesa de um Soldado PM Feminino, acusada de homicídio doloso contra o marido, Tenente Coronel da mesma corporação e condenada pelo Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Para o Supremo Tribunal Federal tratou-se de crime comum, sem nenhum reflexo na caserna, visto que embora a paciente e a vítima fossem militares à época, nenhum deles estava em serviço e o crime não foi praticado em lugar sujeito à administração militar, sendo certo que o móvel do crime foi a falência do casamento entre ambos, bem como o intuito da paciente de substituir pensão alimentícia cessada judicialmente por pensão por morte e de obter indenização do seguro de vida, o que é o suficiente para afastar a incidência do art. 9º, inciso II, letra ‘a’, do CPM. Asseverou ainda que os militares, assim como as demais pessoas, têm a sua vida privada, familiar e conjugal, regidas pelas normas do Direito Comum.

A decisão da mais alta Corte brasileira nos pareceu correta, afinal, o crime militar deve ser sempre a exceção. Em sentido contrário, ou seja, decidindo que o fato envolvendo casal de militares tratou-se de crime militar, é de se volver os olhos agora ao Superior Tribunal Militar, na apelação 18-08.2013.7.02.0102-SP, cujo relator foi o Min. Luis Carlos Gomes Mattos, julgada em 10.09.2014.

Tratou-se, na espécie, de pendenga envolvendo casal de militares, na qual um Sargento do Exército, praticou ameaça contra a sua mulher, também Sargento do EB, inicialmente no Próprio Nacional Residencial que o casal ocupava. E depois, via celular, que foi posto em viva-voz pela vítima, tendo esse fato sido presenciado por testemunhas da Base de Administração e Apoio da Or-

ganização Militar, onde a militar, que se ausentara do lar, estava autorizada a pernoitar. Para o tribunal, havendo desdobramento para a caserna, o fato não mais se restringe à intimidade do casal. O STM negou provimento ao apelo, sendo que o réu impetrou pedido de habeas corpus agora ao Supremo Tribunal Federal, que sob os mesmos argumentos da origem, negou a ordem e manteve a condição militar do crime⁴⁴.

Ou seja, o fato delituoso entre um casal de militares, que no dizer do TJMRS extrapola os limites do seu âmbito familiar pode caracterizar o chamado desdobramento da ofensa para a caserna, preconizado pelo STM e pelo STF.

Nos dois exemplos apontados, nos pareceu ter havido coerência do STF, conquanto as decisões sejam em sentido contrário, ficou bastante claro, que para a caracterização do crime militar, mister que ocorra uma efetiva ofensa à

instituição militar considerada [ainda que por desdobramento], sem o que, o crime torna-se comum, e deve ser apreciado pela jurisdição ordinária.

Do Tribunal de Justiça Militar gaúcho também apresentamos duas decisões envolvendo casal de militares onde prevaleceu a tese da existência de crime militar.

No primeiro caso, ainda que impulsionado por inconformismo frente a uma possível separação, veremos que o réu, Sargento da ativa que havia agredido sua companheira, uma Capitã, algemando-a na via pública. Ao ser abordado por PMs que foram chamados por vizinhos, identificou-se como sargento da Brigada acreditando que seria liberado. Para o TJM-RS, não se trata de mera pendenga familiar quando essa extrapola as fronteiras da privacidade e torna-se pública.⁴⁵

No outro caso, considerou-se que “é de natureza militar os crimes de violência contra superior e de ameaça, praticados por soldado (mulher) contra sargento (seu companheiro), ambos da ativa, no âmbito do quartel, desimportando a condição de casal entre autor e vítima”. Constou do acórdão: [...] Se fossem no âmbito familiar até se poderia cogitar que os fatos devessem dizer

43 STF, 1ª Turma, rel. Min. Carmen Lúcia; rel. para o acórdão Min. Luiz Fux, j. em 29.11.2011.

44 STF, 1ª Turma, , HC 125.836, rel. Min. Dias Tóffoli, julgado em 03.03.2015.

45 LESÃO CORPORAL, VIOLÊNCIA CONTRA SUPERIOR E CONTRANGIMENTO ILEGAL. TJM-RS, Ap. crim. 3.785/05, relator Juiz-Cel Sérgio Antonio Berni de Brum, julgado em 09.11.2005.

à vida privada e particular, mas a recorrente – soldado – compareceu voluntariamente ao quartel para agredir e ameaçar a vítima [...] Na ocasião, após frustradas tentativas de contato telefônico da acusada (Sd) com o seu ex-marido e vítima (Sgt), a denunciada de folga, depois de encontrá-lo saindo de um restaurante, após rápida conversa, dirigiram-se ao quartel da BM de Paraí, local em que a acusada passou a investir contra o superior, arrastando-o e gerando as lesões....”⁴⁶

Ou seja, o fato delituoso entre um casal de militares, que no dizer do TJMRS extrapola os limites do seu âmbito familiar pode caracterizar o chamado desdobramento da ofensa para a caserna, preconizado pelo STM e pelo STF.

Finalmente, não poderíamos deixar de trazer a lume um fato concreto, com a aplicação da teoria conciliadora, acontecido recentemente no primeiro grau da Justiça Militar da União, especificamente na Auditoria da 8ª Circunscrição Judiciária Militar, em Belém-PA, envolvendo casal de militares. Segundo constou da denúncia, no dia 10 de março de 2015, por volta das 8:00h, um 2º tenente, estacionou seu veículo em frente à Seção Telemática da Base Aérea de Belém. Cerca de 15 minutos após estacionar seu carro, a oficiala fora informada que um 2º sargento, seu ex - companheiro, ora denunciado, teria utilizado um martelo para danificar o para-brisa de seu veículo e jogado substância inflamável no veículo. Considerado crime militar, sem qualquer sombra de dúvida⁴⁷, o agente foi incursionado no art. 261, II, CPM (dano qualificado pelo uso de substância inflamável, sujeito a uma pena de reclusão de até 4 anos, se o fato não constituir crime mais grave).

Na sala da Auditoria, durante a audiência de qualificação e interrogatório seguiu-se a oitiva da ofendida, que expressou sentir-se ameaçada pelo réu, que trabalhava na mesma Organização Militar, e que já teria aparecido, sem motivo justificável no colégio do filho pequeno da tenente.

Com parecer favorável do Ministério Público Militar, naquela audiência, o réu: a) teve suspenso o direito de porte de arma (art. 22, I, LMP); b) foi transferido para outra OM (art. 22, II, LMP); c) foi proibido de ter contato

com a ofendida e sua família (art. 22, III, LMP).

Ainda que considerado o fato delituoso como crime militar, considerou-se, na oportunidade, que a ofendida corria riscos à sua integridade e de seu filho menor, razão pela qual, o Conselho de Justiça, deferiu as medidas protetivas de urgência, em uma perfeita aplicação da Lei Maria da Penha na Justiça Militar.

CONCLUSÃO

A lei Maria da Penha é uma lei **mista**, tratando de **aspectos penais** (majorando a pena em alguns casos na legislação penal comum); **processuais** (ditando ritos para os processos); **tutelar** (editando medidas protetivas).

Sua finalidade foi a criação de mecanismos para coibir e prevenir a **violência doméstica e familiar** contra a **mulher**, caracterizada como violência de gênero.

As mulheres militares, que inicialmente executavam apenas atividades administrativas, nos dias atuais são efetivamente preparadas para o combate, e exercem também funções de comando. À primeira vista não se enquadrariam no perfil da tutelada pela lei especial. Uma análise mais detida irá permitir verificar como lembrou Marcos José Pinto, que o maior sujeito de direitos, objeto de uma lei, não é a pessoa em razão de seu sexo, mas o ser humano, que é vítima de violência, independentemente de seu gênero e, dizemos nós, de seu posto e graduação militar.

A questão da aplicação da Lei Maria da Penha nos casos de violência entre casal de militares, cinge-se, em princípio, na efetiva caracterização do crime militar, que implica em ofensa à instituição militar. Isto é verificado somente no caso concreto.

Havendo desdobramento do fato, da intimidade do casal para o ambiente da caserna, caracteriza crime militar, de competência da Justiça Especializada, caso contrário o feito será processado e julgado na Justiça comum.

É plenamente possível a aplicação das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, previstas na Lei Maria da Penha, aos casos de crimes militares.

⁴⁶ TJM-RS, recurso nominado 5.377-38.2013.9.21.0000, relator Juiz Cel Antonio Carlos Maciel Rodrigues, julgado em 19.03.2014.

⁴⁷ Praticado por militar da ativa, contra militar na mesma situação, em área sob administração militar.



LEGALIDADE E LEGITIMIDADE

Da confecção do termo circunstanciado de ocorrência pela Polícia Militar e os debates acerca da implementação de um ciclo completo de polícia.



Rogério Fernandes Lima

Major QOC PM, Chefe da Divisão de Ouvidoria e Delegacia de Polícia Administrativa e Judiciária Militar da Corregedoria da Polícia Militar do Espírito Santo. Graduado e declarado Aspirante a Oficial pela Escola de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Espírito Santo no ano de 1996. Graduado bacharel em Direito pela Universidade de Vila Velha. Especialista em Segurança Pública pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito pela Escola de Estudos Superiores do Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

INTRODUÇÃO

O constituinte originário elevou à tutela constitucional insculpindo em seu artigo 98, a instituição de um rito sumaríssimo por meio dos juizados especiais – cíveis e criminais, para as causas de pequena complexidade e os crimes de pequeno potencial ofensivo, esclarecendo que tal desiderato poderia ser conduzido por juízes leigos e togados, buscando-se sempre a celeridade e a pacificação social.

Nesse sentido o legislador ordinário fez publicar a Lei Federal nº 9.099/1995, conhecida como Lei

dos Juizados Especiais, mitigando-se alguns institutos penais e instituindo outros instrumentos despenalizadores, tais como a composição civil dos danos, transação penal e a suspensão condicional do processo.

Na mesma toada, no artigo 69 da Lei, disse que, àquele que se comprometer a comparecer ao Juizado Especial não se lavrará Auto de Prisão em Flagrante Delito, mas sim, a autoridade policial lavrará termo circunstanciado de ocorrência.

Assim, o presente artigo aborda o imbróglio criado na interpretação do que seria a autoridade policial, e

ainda, a legalidade e a legitimidade para confecção do termo circunstanciado de ocorrência e ainda a instituição de um ciclo completo de polícia mitigado, pois a dúvida, aliás, que existe desde longa data, do que se pode ver desde a edição da Lei Federal nº 5.970/1973, já que os delegados de polícia passaram a entender que somente eles seriam autoridade policial, baseando-se, inicialmente, no Código de Processo Penal, na parte afeta ao inquérito policial, e doravante nos fundamentos da Lei Federal nº 12.830/2012, conhecida como Lei dos Delegados de Polícia.

Entende-se que essa interpretação apresenta-se como minimalista e restritiva, sem adentrarmos no viés da questão classista, e que, apoiados na melhor doutrina, o entendimento do que seja autoridade policial, que o legislador quis dizer é o policial que atende a ocorrência, seja ele um policial militar, civil, rodoviário federal ou até mesmo um guarda municipal, já que o escopo da Lei foi dar celeridade aos procedimentos, pois assim já o fazia desde a Lei Federal nº 5.970/1973, que autoriza, quando ocorriam e ocorrem sinistros de trânsito em via pública, que a autoridade policial e o agente de trânsito poderiam, mesmo com vítimas, retirar os veículos da via para dar maior fluidez e segurança ao trânsito, não caracterizando, assim, a violação do local de crime, a lei então falava em autoridade policial e mesmo com questionamentos, sempre se entendeu que esta autoridade policial seria o policial militar ou o delegado de polícia.

Dessa maneira, buscar demonstrar que a confecção do termo circunstanciado de ocorrência por policial militar goza de todos os atributos do ato administrativo, particularmente, da veracidade e da legitimidade, não existindo qualquer vício legal ou usurpação de função, pois no TCO não existe ou se busca qualquer tipo de investigação policial e ainda, por ser atribuição constitucional do órgão do Ministério Público a propositura da ação penal pública, não estando o órgão do *parquet* vinculado a nenhuma outra tipificação feita em outros procedimentos – relatório de comissão parlamentar de inquérito, termo circunstanciado de ocorrência, inquérito policial ou inquérito policial

militar, ou qualquer outro procedimento preliminar, pois havendo indícios da autoria e da materialidade delitiva já existe a possibilidade da apresentação da denúncia no juízo competente, independentemente de investigação prévia, ficando adstrito apenas, a sua convicção e consciência lastreadas na Constituição Federal, não sendo diferente o entendimento dos julgados do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Fundamentos constitucionais e infraconstitucionais da Criação dos Juizados Especiais Criminais.

A Constituição de 1988, inicialmente, estabeleceu os Juizados Especiais Criminais como órgão da Justiça dos Estados e do Distrito Federal em seu art. 98, entretanto existiu um conflito de interesses sendo necessária uma mudança, a qual foi produzida por meio da Emenda Constitucional nº 22/1998, onde foi introduzido um parágrafo único, atualmente, § 1º ao referido artigo, o que possibilitou a criação do Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, que foi instituído por meio da Lei Federal nº 10.259/2001, já os Juizados Especiais Criminais dos Estados e Distrito Federal foi criado por meio da Lei Federal nº 9.099/1995.

Os Juizados Especiais Criminais (JECRIM) são orientados pelos critérios da oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual e da celeridade, conforme previsto no artigo 62 da Lei Federal nº 9.099/1995.

Os Juizados Especiais Criminais (JECRIM) são orientados pelos critérios da oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual e da celeridade, conforme previsto no artigo 62 da Lei Federal nº 9.099/1995.

Assim, a Lei nº 9.099/1995 trouxe grandes alterações no cotidiano brasileiro, particularmente, no cotidiano policial, pois definiu e conceituou as infrações penais de menor potencial ofensivo como sendo aquelas que envolvam todas as contravenções penais, independentemente de rito especial, e os crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos, cumulada ou não com a pena de multa.

A Lei, também, inseriu algumas medidas despenalizadoras, tais como a transação penal, composição civil dos danos e a suspensão condicional do processo,

Os Juizados Especiais Criminais (JECRIM) são orientados pelos critérios da oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual e da celeridade, conforme previsto no artigo 62 da Lei Federal nº 9.099/1995.

mitigando-se, inclusive, a indisponibilidade da ação penal pública pelo Ministério Público, mas o primordial para o nosso estudo e atuação policial foi a criação do Termo Circunstanciado de Ocorrência, o qual a doutrina e a jurisprudência tratam como um boletim simplificado ou relatório simplificado dos fatos, tendo como escopo a maior celeridade na persecução judicial, haja vista que não se realiza investigação policial no TCO, mas apenas relato dos fatos e qualificação dos envolvidos (autor e ofendido), além das testemunhas, bem como outras provas pertinentes, o que, se demandar uma investigação policial perde todo o sentido de celeridade, conforme, inclusive prevê o artigo 77 da Lei nº 9.099/1995.

Autoridade policial.

Conceito. Divergências. Incongruências.

Inicialmente é pertinente relatar que o constituinte originário optou por um sistema de segurança pública bipartido, assim temos uma polícia judiciária, que é representada nos Estados pelas Polícias Cíveis e na União pela Polícia Federal, como também temos uma polícia ostensiva e preventiva representada pela Polícia Militar.

No Brasil, optou-se, como em alguns Estados da América Latina, na divisão das por tarefas da Polícia, já que uma de suas funções é a prevenção, com base na manutenção da ordem e segurança pública e a repressão como auxiliar do Ministério Público ou do Poder Judiciário competente para a persecução penal.

Dessa maneira, a Polícia Militar realiza o policiamento ostensivo, nas modalidades preventiva e repressiva, no escopo de prevenir a ocorrência de crimes e na captura dos infratores no caso da ocorrência da flagrância criminal, não se esquecendo da assistência ao cidadão.

Já a Polícia Civil tem como mister a documentação das prisões em flagrantes realizadas pelos policiais militares e outros agentes públicos e também aquela realizada pelo cidadão, e também, na investigação policial.

Em razão dessa divisão do serviço policial ocorre uma

...a Polícia Militar realiza o policiamento ostensivo, nas modalidades preventiva e repressiva, no escopo de prevenir a ocorrência de crimes e na captura dos infratores no caso da ocorrência da flagrância criminal, não se esquecendo da assistência ao cidadão.

divergência acerca da conceituação de quem seja a autoridade policial, e podemos citar que a errônea interpretação iniciou-se com o entendimento do código de processo penal, no tocante aos institutos do inquérito policial, e aqui não pairam dúvidas que a autoridade policial na condução do inquérito é o delegado de polícia,

mas agora surge a Lei Federal nº 12.830/2013 que diz que o delegado de polícia é a autoridade policial, mas para as conduções de investigação policial, exceto as militares.

Na mesma toada, somos todos sabedores que os Oficiais da Polícia Militar, em razão da previsão constitucional e legal, são autoridades policiais de Polícia Judiciária quando presidem o inquérito policial militar.

A solução não parece fácil, assim, deve-se fazer, preliminarmente, uma interpretação gramatical, que é a mais simples das interpretações, mas no caso é pertinente, pois autoridade é aquele que tem direito ou poder de mandar; poder político ou administrativo; representante do poder público; capacidade poder; pessoa que tem grande conhecimento em determinado assunto; influência que uma pessoa tem sobre as outras.

De outra maneira, conceitua autoridade pública Sunderfeld

A autoridade pública conferida ao Estado pelas normas jurídicas é a consequência, no mundo do direito, da qualificação, feita pelo constituinte ou pelo legislador, de certos interesses como mais relevantes que outros. Em outros termos: o interesse público surge como tal, para o mundo jurídico, quando as normas atribuem ao ente que dele cura poderes de autoridade. (SUNDERFELD, 2008, p. 155)

No mesmo sentido, observa o autor, sobre o poder da autoridade pública, que se manifesta de duas formas distintas "a) impondo, unilateralmente, comportamentos aos particulares; b) atribuindo direitos aos particulares, através de vínculo não-obrigacional".

Assim, o policial militar em sua função preventiva e ostensiva é uma autoridade pública e os seus atos são para todos os efeitos considerados como atos adminis-

trativos, pois se pensarmos de forma contrária, o policial militar não poderia, sob uma fundada suspeita, abordar o cidadão, limitando seu direito ambulatorial, tanto que ensina DE PLÁCIDO E SILVA (2008, p. 86) "Autoridade Policial. Pessoa que ocupa cargo e exerce funções policiais, tais sejam as de delegados, inspetores etc.", do que, por óbvio, incluem-se os policiais militares por tudo o que já se explicou acerca do conceito de autoridade.

Nesse desiderato e pelos fundamentos expostos o policial militar enquadra-se perfeitamente como a autoridade policial insculpida no artigo 69 da Lei Federal nº 9.099/1995, já que não fará nenhuma investigação policial, apenas relatará o fato ocorrido pormenorizadamente e a qualificação do autor, do ofendido e das testemunhas, atendendo-se a celeridade preconizada pela lei.

Dessa forma, o entendimento da doutrina mais abalizada é de que, para o TCO autoridade policial deve ser considerada uma expressão genérica cujas espécies são o delegado de polícia e o policial militar, por todos MUCCIO

Tem-se entendido que o Termo Circunstanciado não é ato exclusivo do delegado de polícia (autoridade policial em sentido estrito), podendo ser lavrado, diante de seu caráter informal, pelo policial militar, o policial que formalizar a ocorrência. Nesse sentido o provimento n. 758, de 14-7-2001, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, arts. 1º e 2º. O policial militar elaborará termo circunstanciado, encaminhando-o, com o autor do fato, ao Juizado Especial Criminal, colhendo o compromisso daquele na impossibilidade da apresentação imediata; sem prejuízo do encaminhamento da vítima para realização de exame de corpo de delito, se houver urgência. A expressão 'autoridade policial' do art. 69 é extensiva a todos os órgãos encarregados da segurança pública, nos termos do art. 144 da Constituição Federal. (MUC-CIO, 2011, p. 1.278)

Na mesma toada é o entendimento do Enunciado número 34 do FONAJE que também dá direcionamento para atendidas as peculiaridades locais, o termo circunstanciado poderá ser lavrado pela Polícia Militar ou Civil. Foi nesse sentido a II conclusão do Encontro Nacional de Presidentes dos Tribunais de Justiça realizado na cidade de Vitória/ES em 1995.

Debates e seminários sobre a confecção do termo circunstanciado de ocorrência e o ciclo completo de polícia.

Em 18 de fevereiro de 2014 a Associação de Oficiais da Polícia Militar de Minas Gerais e a Associação das Praças daquele estado realizaram na Cidade de Belo Horizonte o Seminário – Polícia de Ciclo Completo e Eficácia da Persecução Criminal.

O Seminário teve como norte o debate da segurança pública e os seus vários atores, não se ventilando qualquer usurpação de poder, mas ao contrário, buscando-se caminhos para um melhor serviço prestado ao cidadão, que é o seu destinatário final.

O Fórum contou com diversas autoridades entre seus debatedores, tais como o Secretário Estadual de Defesa Social de Minas Gerais, além de contar em seu público com policiais militares, policiais civis, guardas municipais e acadêmicos de direito.

Calha ressaltar que o evento teve a participação inicial do Comandante Geral da PMMG, o CEL PMMG SANTANA o qual em sua fala ressaltou que a história da Polícia Militar se mistura com a história do Brasil, pois esteve presente em quase todos os seus momentos, enfatizou, também, que a Polícia Militar é uma árvore psicodélica, pois, ao mesmo tempo em que possui raízes profundas anda antenada com as novidades do mundo moderno, aludindo ao evento e a confecção do Termo Circunstanciado de Ocorrência.

O Secretário de Defesa Social de Minas Gerais, o Procurador de Justiça do MPMG, enfatizou que, em sua concepção nenhum processo ou procedimento deve ter um único destinatário exclusivo, ressaltando o conflito existente entre o Ministério Público e a Defensoria Pública acerca da titularidade da Ação Civil Pública em defesa dos direitos difusos, e ainda, aludiu acerca da PEC 037 a qual previa exclusividade de investigação a Polícia Civil, ressaltando que a Constituição da República não deu essa exclusividade, mas ao contrário, nosso ordenamento jurídico prevê o processo de investigação a outros atores, tais como as Comissões Parlamentares de Inquérito, o Inquérito Poli-

cial Militar, os procedimentos próprios de investigação de magistrados e membros do Ministério Público, ambos garantidos por suas leis de orgânicas, e outros; ressaltou, também, a necessidade de se operacionalizar o Sistema Nacional de Segurança Pública de forma efetiva, tendo como molde o Sistema Único de Saúde (SUS), por fim, não manifestou nenhuma contrariedade da PMMG confeccionar o Termo Circunstanciado de Ocorrência.

Na parte da manhã ainda palestrou o Procurador de Justiça do MPMG - Rogério Felipeto, o qual fez uma abordagem técnica acerca dos possíveis óbices constitucionais e infraconstitucionais que podem ser levantados contra a confecção do Termo Circunstanciado de Ocorrência pela Polícia Militar, ressaltando que a interpretação do texto constitucional, Art. 144 não deve ser feita no viés da simplista interpretação gramatical, mas sim, fazer uma interpretação mais ampla dentro dos conceitos de ordem pública e de segurança pública; rebateu, também, a Lei dos delegados, Lei nº 12.830/2013, enfatizando que não há no Termo Circunstanciado de Ocorrência nenhum processo investigativo, listando como exemplos os artigos, 27 do CPP e o § 3º do art. 77, da Lei 9.099/1995.

Na continuação o Maj André Luiz Dias de Melo da Polícia Militar de Santa Catarina compartilhou o sucesso da instituição do Termo Circunstanciado de Ocorrência pela PMSC, listando os obstáculos enfrentados e as motivações da adoção de tal desiderato para o bem da comunidade.

Em seguida o CEL PMMG Alex de Melo, Diretor de Apoio Operacional trouxe dados acerca do atendimento de ocorrência pela PMMG e que o percentual de ocorrência de crimes de menor potencial ofensivo tange a 80% de toda demanda, de que ainda não há um posicionamento oficial da Instituição, mas acha salutar o debate, e que a adoção do Termo Circunstanciado de Ocorrência trará grandes benefícios.

No decorrer do debate foi ressaltada uma ocorrência policial de menor potencial ofensivo atendida pela Polícia Militar em que a guarnição policial teve que se deslocar por mais de 300 km, e que, no seu percurso a viatura com dois policiais militares, a vítima, a testemunha e o autor sofreram sinistro automobilístico que resultou na morte de todos que estavam na viatura policial.

O Major PMSC André Luiz Dias de Melo relatou também que em seu estado a viatura da PMSC atendeu a um crime de menor potencial ofensivo, a contravenção penal de vias de fato, e teve que se deslocar por mais de 80 km e chegando no delegacia de polícia, após aguardar

atendimento, a praça ligou para o oficial relatando o que fazer, pois na localidade não havia taxis para atender as pessoas tampouco linha de transporte coletivo e também, que, após a liberação não seria adequado as partes voltarem na viatura, uma ao lado da outra, nem tampouco uma no compartimento de segurança, pois a ocorrência já se encerrara, assim, tais deslocamentos além de acarretarem maiores gastos ao estado traz outras consequências aos cidadãos, podendo até dizer que macula a imagem do Estado.

Da mesma forma, a Universidade Paulista (UNIP) e o Comando de Policiamento do Interior da 5ª Região (CPI – 5) realizaram, em 11 de abril de 2014, na Cidade de São José do Rio Preto, o Congresso Internacional “Repensando o Direito a Segurança”, evento que contou com palestrantes internacionais da França, da Espanha e de Moçambique, além de juízes e promotores e de participantes pertencentes às Polícias Militares de diversos estados da Federação, além de acadêmicos de Direito, professores e representantes de Guardas Municipais entre os debates esteve em foco a confecção do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) pelas Polícias Militares e o Ciclo Completo de Polícia restando consignado que não existem óbices para que o TCO seja feito pela Polícia Militar, algo que já é feito, com respaldo popular e do Poder Judiciário, nos estados de Santa Catarina e no Rio Grande do Sul.

A pergunta que não quer calar é – tais imbróglios ocorrem no Espírito Santo? E a resposta é fácil, pois é só perguntar a qualquer policial militar – oficial ou praça, quanto se é gasto de tempo para atendimento de ocorrências de crimes de menor potencial ofensivo nas delegacias de polícia. Tem-se notícia de que uma viatura gastou mais de 4 horas para ser liberada (quando não mais), veja que não é apenas o desgaste do servidor público - policial militar, ou dos gastos com os equipamentos – combustível, pneus, etc, mas acima de tudo é o tempo que a viatura deixa de realizar seu *mister* constitucional, o policiamento ostensivo e preventivo, ou seja, prestando serviço a sociedade capixaba.

No mundo moderno a segurança pública ganha uma relevância indescritível, tornando-se um ‘bem’ imprescindível e fundamental ao cidadão, tamanha relevância não foi esquecida pelo constituinte brasileiro, pois o fez constar no caput do art. 5º e do art. 6º da Constituição da República estando insculpida a segurança como direito fundamental no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais,

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Nesse sentido, a doutrina constitucionalista pátria não fugiu ao debate acerca do tema abordado, sendo este o entendimento de Filho:

Não basta ao indivíduo viver e ser livre – necessário também que sinta a segurança de que os bens alcançados por ele não lhe serão retirados. A insegurança das relações sociais (e, em consequência, jurídicas) é algo que irrita a personalidade individual, pois todos trazem em si o sentimento de que suas necessidades serão satisfeitas com os bens que alcançaram. (FILHO, 2009, p. 319)

Sendo assim quando não há a pacificação social diversas mazelas afligem a sociedade, aumentando-se o custo social e malogrando, por outro lado, os investimentos e aportes financeiros, os quais migram para outras regiões que proporcionam melhores condições, assim, conclui-se com Santin

A segurança pública é um problema sério e a sociedade está aflita, tanto que o clima de insegurança pública até gerou a criação do Índice do Medo, pela Fundação Getúlio Vargas. O interesse pelo assunto tem ganhado importância social e os estudos começam a dar a correta dimensão de direito individual, social, difuso e até a qualificação como direito humano básico. (SANTIN, 2011, p.284)

Da mesma maneira, observa-se o magistério de DA SILVA (2003, p.) "Na teoria jurídica a palavra 'segurança' assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica.", sendo assim, a segurança

Não basta ao indivíduo viver e ser livre – necessário também que sinta a segurança de que os bens alcançados por ele não lhe serão retirados. A insegurança das relações sociais (e, em consequência, jurídicas) é algo que irrita a personalidade individual, pois todos trazem em si o sentimento de que suas necessidades serão satisfeitas com os bens que alcançaram. (FILHO, 2009, p. 319)

como direito fundamental é um dever que cabe ao Estado proporcionar aos seus cidadãos.

A Segurança Pública, hodiernamente, é um dos temas mais debatidos quer seja no âmbito acadêmico, em espaços públicos ou comunitários, quer seja em congressos internacionais, os quais

buscam encontrar delineamentos para o controle do crime e da violência na atualidade, esse tema é tão relevante que foi incluído no Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) por meio do Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009.

Em nosso país a Constituição Cidadã de 1988 em seu art. 144 delinea os órgãos incumbidos de prestar tal *mister*, além de esquadrihar os direitos e deveres de todos envolvidos no processo de segurança pública ex vi "Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:", contudo a segurança pública é uma atividade ampla que não há como definir ou delimitar de forma estanque, objetivamente, as atribuições de cada órgão, ao contrário, as atividades se permeiam, haja vista que todos buscam o mesmo desiderato constitucional, conforme delimitaram Ramos e Siqueira:

Todos os órgãos policiais exercem a atividade de segurança pública, a qual tem por escopo a integridade física e patrimonial do cidadão, sendo esses órgãos responsáveis pela manutenção e preservação da ordem pública, estando seus integrantes, sem exceção, investidos de função policial.

Ampliando o debate, pode-se entender na linha da melhor interpretação doutrinária que o direito à segurança pública é um direito difuso, pois é transindividual, indivisível, do qual são titulares um grupo de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, ou seja, o direito difuso é aquele que pertence a um grupo

indeterminado de pessoas, titulares de um objeto indivisível e que estão ligados por um vínculo fático, de acordo com Santin:

O serviço é gratuito, universal e indivisível, pois não há cobrança individual, destina-se a toda a coletividade e não pode ser dividido em frações de fruição, com a incumbência estatal de disseminar a sua presença e atuação em todos os lugares. O serviço de segurança pública deve ser prestado de forma integral, não parcialmente. (SANTIN, 2011, p. 287)

Sendo assim é pertinente concluir que o policial militar é o legítimo, mas não o único, mediador de conflitos e pacificador social, haja vista que na maioria das vezes este servidor público é o primeiro, quiçá, único agente público que entra em contato com determinadas comunidades, seja intervindo nos mais mezinhos problemas sociais (indicar um endereço, prestar os primeiros socorros, acolher menores e idosos, realizar um parto dentro da viatura policial, etc...), quer seja intervindo como braço armado do Estado, valendo-se da força necessária quando legalmente autorizado.

Nesse sentir, a Polícia Militar do Espírito Santo é pioneira na implementação de diversos projetos como o Programa Educacional de Resistência às Drogas e Violência (PROERD), Banda Júnior, Equoterapia, Educação Ambiental e o carro chefe o da Polícia Interativa, este ganhador, inclusive, de prêmios nacionais e internacionais, o qual tem como princípio e filosofia o contato contínuo com a comunidade engendrando esforços para trazer a paz social.

De outra banda, o legislador infraconstitucional em atendimento ao previsto no art. 98 da Constituição Federal, bem como seguindo a orientação da vanguarda da doutrina penalista, a qual gradua de forma diferenciada a potencialidade lesiva do crime, igualmente a da pena, entendendo-se que alguns ilícitos penais demandavam uma atuação mitigada do aparato policial e da justiça, legislou na criação da Lei Federal nº 9.099/1995, a qual instituiu os Juizados Especiais Criminais e os Juizados Especiais

Cíveis, que instituiu, entre outras disposições, o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO).

Entende-se que os crimes de menor potencial ofensivo ou pequeno potencial ofensivo são aqueles, dentro de um conceito jurídico, que possuam uma menor relevância para o ordenamento jurídico, considera-se como crimes de menor potencial ofensivo aqueles com pena máxima de até dois anos e todas as contravenções penais.

Desta maneira, o legislador proporcionou aos órgãos policiais excelente instrumento de pacificação social, o qual, em que pese dúvidas e debates doutrinários acerca da atribuição de qual autoridade policial deve confeccioná-lo, ou ainda se o policial militar poderia confeccionar o Termo Circunstanciado de Ocorrência, na jurisprudência não existe dúvida, pois o Pretório Excelso, em precedente histórico, já decidiu pela pertinência do policial militar lavrar o TCO, no *leading case* em que a ADEPOL

impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3954 contra o Estado de Santa Catarina pela atribuição do policial militar confeccionar o TCO através do Dec. Nº 660 de 26 de setembro de 2007, que regulamenta a Lei Complementar 339/2006 em seu artigo 68, parágrafo

único, ou ainda em julgado de anos anteriores, através de ação direta de inconstitucionalidade de número 2.862-6, de São Paulo, impetrada perante o Pretório Excelso, onde a relatora, a eminente Ministra Cármen Lúcia no julgado de 26 de março de 2008 a qual não foi conhecida da ação à unanimidade de votos.

Da análise que se faz nas assentadas do Supremo Tribunal Federal é pertinente trazer à colação a transcrição de Lazzarini

Tais fundamentos levaram o eminente Ministro Carlos Britto a acrescentar que “esse termo circunstanciado apenas documenta uma ocorrência”, no que concordou o Ministro Cezar Peluso, reafirmando que “Todo policial militar tem de

fazer esse boletim de ocorrência”, seguindo-se o Ministro Carlos Britto com assertivas como: “Exato. Notícia o que ocorreu” [...] “Aqui se documenta, para que outrem investigue. É uma operação (investigação) exatamente contrária; é uma lógica contrária”. Por sua vez o eminente Ministro Ricardo Lewandowski afirmou: “É um mero relato verbal reduzido a termo”, afirmação esta a que o Ministro Carlos Britto disse: “Perfeita a descrição de Vossa Excelência”, concluindo, então, o Ministro Cezar Peluso: “É [o “termo circunstanciado”] a documentação do flagrante. (LAZZARINI, 2011, p. 392)

Ampliando o debate acerca do que foi posto até o momento, observa-se na lavra de Lazzarini

Por essa razão a Constituição de 1988 não veda que a lei autorize outras autoridades públicas, agentes administrativos ou magistrados a lavrarem o ‘Termo Circunstanciado’, tema este que tem dado origem a grandes debates, inclusive no STF, que, na ADIN 2862, reconheceu que a lavratura do ‘Termo Circunstanciado’ pode ser realizada pelas Polícias Militares. (LAZZARINI, 2008, p.537)

Desta forma, da síntese que foi trazida até o momento, observa-se que resta esclarecida a legitimidade do policial militar em lavrar o Termo Circunstanciado de Ocorrência, como verdadeiro mediador de conflitos e pacificador social, assim, legitimidade ou legitimado, segundo Bobbio *et alli*

Na linguagem comum, o termo Legitimidade possui dois significados, um genérico e outro específico. No seu significado genérico, Legitimidade tem, aproximadamente, o sentido de justiça ou racionalidade (fala-se na legitimidade de uma decisão, de uma atitude, etc). É na linguagem política que aparece o significado específico. Neste contexto, o Estado é o ente a que mais se refere o conceito de legitimidade. (BOBBIO et alli, 1998, p. 675)

Observa-se, também, que além da efetividade da confecção do TCO pelos estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, outros como Bahia, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Norte e o Distrito Federal tem experiências na confecção do Termo Circunstanciado pela Polícia Militar, e até mesmo o Espírito Santo, o que, ao fim e ao cabo tem trazido um resultado bastante satisfatório quer seja para a comunidade quer seja para a Instituição.

O sucesso da implementação do TCO pela Polícia Militar em Santa Catarina mereceu um programa específico sobre o tema na TV Justiça, onde diversas autoridades, policiais, judiciárias e da sociedade em geral, enobreceram a atuação da polícia militar na confecção do Termo

Circunstanciado de Ocorrência e a sua aceitação e aprovação pela população catarinense.

De tudo que foi dito até o presente, esclarece-se que em momento algum se busca usurpar, assumir ou ocupar as funções de polícia judiciária ou polícia de investigação tampouco as atribuições dos delegados de polícia, o que se pretende, em atendimento à própria Constituição Federal e a Lei é, entre outras questões, proporcionar a celeridade e a presteza da atividade policial, com segurança jurídica e respeito ao cidadão, já que cidadania não é simplesmente a capacidade de votar e ser votado, mas também, na linha de entendimento de Tavares

Frise-se que a concepção de cidadania adotada pela Constituição de 1988 coincide com aquela introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e vincula-se, portanto, ao movimento de incorporação (internalização) dos direitos humanos. Como conteúdo mínimo da cidadania tem-se a impossibilidade de ser considerado o indivíduo a serviço do Estado, ou o indivíduo como instrumento do Estado, aqui, o conceito sobrepõe-se à tutela derivada da própria dignidade da pessoa humana (mais um aspecto evidenciado da consubstancialidade). (TAVARES, 2008, p.17)

Dessa maneira, pensamos que os membros da Polícia Civil estariam liberados dessas missões comezinhas para se dedicarem às suas missões constitucionais, principalmente a investigação criminal de ilícitos penais mais graves e que causam mais intranquilidade à sociedade, diminuindo uma cifra alta de não resolutividades dos inquéritos policiais, em apoio a tal entendimento colaciona-se o posicionamento de de Lima

Afinal, não faz sentido que o policial militar se veja obrigado a se deslocar até o distrito policial para que o delegado de polícia subscreva o termo ou lavre outro idêntico, até porque se trata de peça meramente informativa, cujos eventuais vícios em nada anulam o procedimento judicial. (DE LIMA, 2013, p. 223)

A atuação dos profissionais da Polícia Civil, no pertinente aos crimes de médio potencial ofensivo e de maior gravidade, é tão importante e reconhecido que o legislador infraconstitucional atribuiu ao delegado de polícia, através da Lei 12.403/2012, a responsabilidade de aplicar fiança para os crimes com pena máxima de até quatro anos, independentemente da pena aplicada, ou ainda, conforme previsto na Lei 11.340/2006, aplicar algumas medidas protetivas em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Analisando a missão constitucional da Polícia Militar do Espírito Santo, observa-se que a filosofia da Polícia Comunitária coloca ombreada – PMES e comunidade, e que, o policial militar, mais do que mediador de conflitos sociais, torna-se, também, um pacificador social, pois grande parte dos acionamentos da Polícia Militar versa sobre ocorrência assistencial, preventiva e as de crimes de menor potencial ofensivo, conforme se comprova através da fala do Cel PMMG Alex de Melo, Diretor de Apoio Operacional, quanto ao percentual de ocorrências atendidas pela àquela Corporação, qual seja, 80% da demanda.

Sendo assim, percebe-se que, sendo o Termo Circunstanciado de Ocorrência confeccionado pela Polícia Militar, desonerará os delegados de polícia e seus investigadores, de tais incumbências e os proporcionará uma maior dedicação para os crimes de médio, maior potencial ofensivo e os ditos crimes do colarinho branco, ou ainda nas palavras de Toledo

E de tal sorte que a justiça criminal, emperrada por uma enorme carga de delitos de pequena importância, possa afinal dedicar-se aos fatos e delinquentes mais graves que, desafiadoramente, ai estão crescendo e se multiplicando diante de nossos olhos atônitos. (TOLEDO, 2008, p. 20)

Considerando-se que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, conforme se comprova no que foi adotado quanto ao previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), bem como com o advento da Lei 12.403/2011 acerca da prisão e da liberdade provisória, essa ação da Polícia Militar atende ao pressuposto da celeridade na busca da pacificação social.

Assim como ilustrado com exemplos reais no Seminário - Polícia de Ciclo Completo e Eficácia da Persecução Criminal, acerca do atendimento de ocorrência a longas distâncias e os riscos de sinistros que envolvem servidores públicos e contribuintes, ocorre que, no Espírito Santo como em Minas Gerais, nos casos dos crimes de menor potencial ofensivo, em algumas localidades aonde não existe plantão da Polícia Judiciária quer porque não há delegacia de polícia ou por falta do Delegado de Polícia plantonista, pode-se citar, como simples exemplo, a localidades do Município de Mucurici que nestes casos a viatura tem que se deslocar até o Município de São Mateus para entregar a ocorrência, fato que traz transtornos ao policiamento, pois o desfalca, bem como traz riscos tanto aos militares estaduais quanto aos cidadãos, quando não muito o cidadão não possui recursos suficientes para o

seu retorno a sua localidade ou ainda, é colocado em contato com delinquentes mais perigosos, nestes casos não se observa a pacificação social, mas sim mais transtornos e um serviço público prestado de maneira insatisfatória; num outro viés, nas situações acima expostas, observa-se, também, que há uma depreciação do material do Erário – desgaste de viatura, gasto de combustível e outros fatos que poderiam ser minimizados se o policial militar pudesse lavrar o Termo Circunstanciado, não obstante a ausência da viatura policial para seu *mister* constitucional, o policiamento ostensivo e preventivo naquela localidade.

Nota-se ainda, que a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) é favorável que a Polícia Militar confeccione o TCO, pois tal fato traz segurança jurídica ao cidadão, pois se observa que, o Termo Circunstanciado de Ocorrência, quer seja confeccionado pelo Delegado de Polícia, quer seja confeccionado por Policial Militar não traz consigo nenhum vício, haja vista que no TCO não ocorre indiciamento algum, tampouco é feita qualquer investigação criminal acerca do fato, tanto que ao cidadão que assumir o compromisso de comparecer ao Juizado Especial não deverá ser lavrado o Auto de Prisão em Flagrante Delito, privilegiando-se o direito a liberdade, nada obstante, veja-se o que leciona Avena

O termo circunstanciado não pode conduzir ao indiciamento do autor do fato. Isto se justifica em duas circunstâncias: primeira, a simplicidade que caracteriza esse termo, e, segunda, o fato de que o ato de indicição conduz ao registro da imputação nos assentamentos pessoais do indiciado, o que não ocorre no caso das infrações de competência dos Juizados Especiais Criminais, relativamente às quais determina o art. 76, § 6º, da Lei 9.099/1995 que a sanção imposta em razão da transação penal não constará de certidão de antecedentes criminais e não produzirá efeitos civis. (AVENA, 2011, p. 224)

No fito de se contribuir para o debate mais amplo, cita-se ainda as lições de Prado

A autoridade que deve lavrar o termo circunstanciado é aquela que tomou conhecimento do fato. Pode ser da Polícia Judiciária, da Polícia Militar, da Polícia Federal ou mesmo da secretaria do Juizado. Ademais, o princípio da informalidade se preocupa mais com a finalidade do ato do que com a forma. Se a finalidade é encaminhar os envolvidos ao Juizado, não importa quem o faça. (PRADO, 2006, p. 62)

No mesmo sentir caminha a opinião de Lima

Na expressão autoridade policial constante do caput do art. 69 da Lei nº 9.099/95 estão compreendidos todos os órgãos encarregados da segurança pública, na forma do art. 144 da Constituição Federal, ai incluídos não apenas as polícias federal e civil, com função institucional investigativa da União e dos Estados, respectivamente, como também a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal e as polícias militares. O art. 69, caput, da Lei nº 9.099/95, refere-se, portanto, a todos os órgãos encarregados pela Constituição Federal da defesa da segurança pública, para que exerçam plenamente sua função de restabelecer a ordem e garantir a boa execução da administração, bem como do mandamento constitucional de preservação da ordem pública. (DE LIMA, 2013, p. 223)

Por tudo se observa que o contato mais estreito entre a Polícia Militar e o cidadão só tende a valorizar e fidelizar nosso parceiro na condução da Segurança Pública, visualizando-se assim, uma maior pacificação social, atendendo-se, também, ao princípio constitucional de proteção a dignidade humana, o qual, segundo Greco

Como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas inferiores. (GRECO, 2009, p. 59)

No pertinente a otimização deste mecanismo de pacificação social é muito tranquilo, pois o TCO nada mais é do que um boletim de ocorrência mais bem elaborado, no tocante sobre o argumento acerca da tipificação do ilícito penal não se vislumbram problemas, pois nossos policiais militares possuem uma grande carga de direito penal nos cursos de formação e de habilitação, nada obstante que se aperfeiçoará o treinamento para a confecção de TCO.

Conta-se, em cada turno de serviço, com Oficiais de serviço, o Comandante do Policiamento de Unidade e também, do Chefe de Operações do CIODES, oficiais que além da expertise no serviço policial, passaram por uma formação com alta carga horária dos institu-

tos jurídicos, possuindo pós-graduação *latu sensu* em Segurança Pública.

De outra forma ainda, a CF/88 diz que o detentor da ação penal é o órgão do Ministério Público, o qual é quem detém a *opinio delicti*, sendo assim, se hou-

ver algum erro acerca do enquadramento do crime não há maiores problemas, porque a palavra final é do Promotor de Justiça natural, e como foi ressaltada cada Unidade da PMES possui um Oficial como CPU e tem ainda a figura do Oficial COP para os esclarecimentos pertinentes, já nos casos em que houver indícios

de crime mais grave o fato deverá ser conduzido à Delegacia de Polícia, todo esse entendimento se torna embasado em lições como as de Lopes Jr.

A lacuna surge na elaboração do termo circunstanciado, nos delitos de menor potencial ofensivo, previsto no art. 69 da Lei 9.099. não se trata nesse caso de inquérito policial, mas de um procedimento muito mais simples e célere, o mero termo circunstanciado, que nada mais é do que uma narrativa circunstanciada do ocorrido e a indicação do autor, vítima e testemunhas. Com base nesse argumento, algumas polícias militares dos Estados estão realizando os termos circunstanciados (um ensaio do “ciclo policial completo”, em que a mesma polícia que atende a ocorrência realizaria a investigação). (LOPES Jr, 2009, p.257).

No fito de elucidar nosso posicionamento, apoiados no que foi bem lembrado pelo palestrante Rogério Felipeto em sua abordagem ao insculpido no artigo 27 do CPP, onde se ressalta que para que o representante do Ministério Público promova a ação penal pública basta que seja informado por qualquer do povo, observando que deverá ser feito de forma escrita e indicando a materialidade delitiva e os indícios de autoria, servindo para formar o convencimento do órgão do *parquet*

Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Nesse viés, coloca-se, por primeiro, o entendimento de Nucci

23. *Delatio criminis* ao Ministério Público: da mes-

ma forma que qualquer pessoa está autorizada a comunicar a ocorrência de um crime à autoridade policial, para que haja, em sendo o caso, a instauração de inquérito policial (art. 5º, § 3º, CPP), é natural que o mesmo se dê no tocante ao Ministério Público, titular da ação penal. Assim, pode qualquer pessoa encaminhar ao promotor de justiça uma petição, requerendo providências e fornecendo dados e documentos, para que as medidas legais sejam tomadas. Não possuindo os documentos necessários, deve indicar o lugar onde possam ser obtidos, bem como todos os elementos para formar o convencimento do Estado-acusação. (NUCCI, 2013, p. 146).

No mesmo caminho é o entendimento Choukr

A investigação criminal na modalidade inquérito policial é dispensável a teor do artigo em questão, lembrando que 'a jurisprudência tem proclamado que não está o Ministério Público vinculado ao inquérito policial para promover a ação penal, podendo dispensá-lo se tiver elementos suficientes que caracterizam a materialidade do crime e indícios suficientes de autoria' (STJ – Superior Tribunal de Justiça Classe: RHCDJ Data>10/11/2003 p. 197, Relator(a) Laurita Vaz), não havendo qualquer tipo de nulidade na denúncia oferecida sem esta forma de investigação (STF – RT 558/421). (CHOUKR, 2009, p. 118).

Segue, o mesmo, autor apoiado na jurisprudência mais abalizada ex vi

Conclui-se que 'o inquérito policial, procedimento de natureza puramente informativa, não é peça indispensável a promoção da ação penal, exigindo-se tão-somente que a denúncia seja embasada em elementos demonstrativos da existência do fato criminoso e de indícios de sua autoria. Não é inepta a denúncia que descreve fatos que, em tese, apresentam a feição de crime e oferece condições plenas para o exercício de defesa (STJ – RHC – DJ Data: 21/10/1996 Página 40274 – Relator Vicente Leal)'; 'No mais, quando o Ministério Público opta por dispensar o inquérito policial, pode ele proceder a investigações com o escopo de formar a opinio delicti, não sendo este fato, motivo apto a acarretar sua

ilegitimidade para eventual denúncia (RMP 16/359)'. (CHOUKR, 2009, p. 118)

Observa-se, também, os ensinamentos de Oliveira e Fischer

Assevere-se que, se a omissão ou imperfeição do termo for de tal monta que dependa, inclusive, de novas diligências, ou mesmo se o fato for por demais complexo, deverá o promotor requerer a remessa do feito ao parquet perante o juízo comum, onde, melhor investigado e examinado, poderá ser oferecida denúncia escrita com o prosseguimento no rito amplo (§ 2º do art. 77). (LIMA, 2013, p. 71)

Nas ações penais públicas incondicionadas não há qualquer exigência ou formalidade para o conhecimento da existência da ação delituosa, desde que lícita a origem da informação. Quando ilícita, a questão oferecerá grande complexidade, conforme veremos ao exame do princípio dos frutos da árvore envenenada, no Capítulo atinente

à prova. (OLIVEIRA e FISCHER, 2011, p. 79-80)

Veja-se, também, os entendimentos de Tourinho Filho

Aqui se confere a qualquer pessoa do povo, ut civis, o direito de, nos crimes de ação penal pública incondicionada, provocar o exercício da ação penal pelo seu titular, no caso o Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria, indicando onde e quando o fato ocorreu e, inclusive, dando-lhe os elementos de convicção, isto é, as razões que levaram o delator a acreditar, ou a suspeitar seriamente, na responsabilidade do indicado como autor. (TOURINHO FILHO, 2012, p. 177)

A colação exaustiva de abalizada doutrina se faz necessário para comprovação que essa interpretação não é um posicionamento ou pensamento isolado ou que traga em seu cerne picuinha institucional, mas sim representa com a doutrina processualista penal pátria pensa sobre o tema, incluindo, inclusive, julgados dos tribunais superiores.

Na mesma toada, apoiados ainda, no posicionamento de Rogério Felipeto tem-se o § 3º, do art. 77 da Lei nº 9.099/1995

§ 3º Na ação penal de iniciativa do ofendido poderá ser oferecida queixa oral, cabendo ao Juiz verificar se a complexidade e as circunstâncias do caso determinam a adoção das providências previstas no parágrafo único do

artigo 66 desta Lei.

Sobre a precariedade do termo circunstanciado de ocorrência cometa Lima

Assevere-se que, se a omissão ou imperfeição do termo for de tal monta que dependa, inclusive, de novas diligências, ou mesmo se o fato for por demais complexo, deverá o promotor requerer a remessa do feito ao parquet perante o juízo comum, onde, melhor investigado e examinado, poderá ser oferecida denúncia escrita com o prosseguimento no rito amplo (§ 2º do art. 77). (LIMA, 2013, p. 71)

Assim, novamente, se comprova que o policial militar pode lavar o referido TCO, pois se houver alguma mácula esta poderá ser sanada com a intervenção do órgão do parquet, deve-se pensar na otimização do serviço público e na satisfação do cidadão, este sequer precisando se deslocar para outros pontos das cidades no fito de apenas refazer uma ocorrência policial na delegacia que já pode ser feita pelo policial militar que atendeu a ocorrência.

Nesse caminho, pede-se vênia para transcreever o entendimento, apesar de denso, de Prado

Doutrina: a) Termo Circunstanciado. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scaranze Fernandes e Luiz Flávio Gomes. Qualquer autoridade policial poderá ter conhecimento do fato (...) A autoridade policial deve abster-se de qualquer investigação; se, todavia, dispuser de informações úteis, colhidas no momento do fato ou durante a lavratura do termo, é evidente que as encaminhará ao Juizado.

Damásio E. de Jesus: Um simples boletim de ocorrência circunstanciado substitui o inquérito policial (...) Talão de ocorrência da Polícia Militar – serve de atuação sumária (...) Entendemos, portanto, que, para fins específicos dispostos no art. 69 da Lei nº 9.099/95 a expressão ‘autoridade policial’ significa qualquer agente público regularmente investido na função de policiamento ou de polícia judiciária.

Jurisprudência e Encontros de Trabalho: Atendidas as peculiaridades locais, o termo circunstanciado poderá ser lavrado pela Polícia Civil ou Militar. Enunciado 34 do XVII FONAJE, Curitiba, 2005.

Sabe-se que os problemas da segurança pública são maiores e não se resumem ao aspecto policial, mas por outro lado não se pode negar que as agên-

cias policiais são atores incontestes desse sistema e que tem buscado o seu aperfeiçoamento para bem servir a sociedade, tutelando-se o interesse público, assim, os ensinamentos de Barroso

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: Justiça, segurança e bem-estar social; O interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. (...) Em suma: o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar e promover; A razão pública consiste na busca de elementos constitucionais essenciais e em princípios consensuais de justiça, dentro de um ambiente de pluralismo político. Um interesse não pode ser considerado público e primário apenas por corresponder ao ideário dos grupos hegemônicos no momento; Assim, se determinada política representa a concretização de importante meta coletiva (como a garantia da segurança pública ou da saúde pública, por exemplo), mas implica a violação da dignidade humana de uma só pessoa, tal política deve ser preterida, como há muito reconhecem os publicistas comprometidos com o Estado de direito. (BARROSO, 2009, p. 71-72).

Reitere-se à exaustão que não se busca usurpar nenhuma função de quem quer que seja, mas sim, busca-se um debate amplo, aberto e liberto das amarras classistas, porém na busca do interesse público, na melhor prestação do serviço público de segurança, pois até parafraseando um dos debatedores do Seminário – Polícia de Ciclo Completo e Eficácia da Persecução Criminal, o jornalista Eduardo Costa em sua palestra – Do jeito que “tá” não dá. Qual o caminho? Ou seja, do jeito que tá não dá para ficar. Não dá para toda vez que alguma categoria propõe mudanças em prol da coletividade um grupo tente emperrar o processo.

Relata-se o caso que aconteceu no Estado de Goiás onde a Polícia Rodoviária Federal estava confeccionando o Termo Circunstanciado de Ocorrência e o sindicato dos delegados de polícia ingressou com uma ação questionando a inconstitucionalidade.

Ocorre que a Advocacia Geral da União noticiou, em seu sítio eletrônico, na data de 26 de junho de 2014 que demonstrou, na Justiça Federal, que a Po-

Lícia Rodoviária Federal tem atribuição para lavar o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), previsto no artigo 69 da Lei nº 9.099/1995, bem como do Boletim de Ocorrência Circunstanciado (BOC), previsto na Lei nº 8.069/1990.

A decisão permite que os policiais rodoviários federais tenham mais autoridade para exercer a patrulha ostensiva de trânsito nas rodovias brasileiras.

Na argumentação apresentada pela AGU o TCO e o BOC são entendidos como atos administrativos que consistem apenas na narrativa dos fatos presenciados pelas autoridades policiais (patrulheiros rodoviários federais – e não o delegado de polícia federal ou estadual), com a indicação dos elementos necessários para o oferecimento da denúncia do Ministério Público.

Assim, a Ação Civil Pública impetrada pelo Sindicato dos Delegados de Polícia Civil do estado de Goiás (sindepol) contra a União para suspender o Termo de Cooperação nº 009/2013 firmado entre a Superintendência da Polícia Rodoviária Federal e o Ministério Público do estado, alegando-se inconstitucionalidade do ato por atribuir aos policiais atribuições típicas da Polícia Civil não foi acatada pela 9ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, haja vista ter o magistrado federal concordado com os argumentos apresentados pela AGU julgando improcedente a ação proposta pelo sindepol, destacando o juiz que 'A lavratura de TCO ou BCO pela PRF atende ao princípio constitucional da eficiência previsto no art. 37 da Constituição Federal de 1988'; fatos referentes a AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 0036187-95.2012.4.01.3500 – 9ª Vara da Seção Judiciária de Goiás.

Dessa maneira ainda, não há que se falar em cometimento de crime de usurpação pública praticado por policial militar que fizer a lavratura do TCO, soando essa fala do órgão de classe, mais como um excesso de poder do que uma convicção jurídica fundamentada, senão vejamos o ensinamento do Greco

Usurpação de função pública praticada por funcionário público. Existe controvérsia jurisprudencial sobre a possibilidade de poder o funcionário público figurar como sujeito ativo do delito de usurpação de função pública, haja vista a situação topográfica do art. 328 do Código Penal, que se encontra inserido no capítulo II, relativo aos crimes praticados por particular contra a administração em geral. (GRECO, 2008, p. 1.302).

Dessa forma, corrobora-se ainda com Franco e Stocco apud Prado:

Em outras palavras, mas com o mesmo sentido, Luiz Regis Prado esclarece que o “funcionário público também pode perpetrar o delito, desde que pratique função atribuída a outro agente público, devendo essa função ser totalmente estranha àquela em que está investido” (Curso de Direito Penal Brasileiro. 4. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2006, v. 4, p. 462)

Reiterando-se então, não se pode concordar que a confecção do termo circunstanciado de ocorrência por policial militar implica em usurpação de função pública, pois tal mister não é exclusividade do delegado de polícia, pois assim não está inculcado na Lei nº 9.099/1995 e a Lei nº 12.830/2013 fala em investigação policial, o que, ao fim e ao cabo não se faz nem se exige para o TCO e ainda, conforme afirmado por Prado, as funções não são totalmente estranhas ao serviço policial, em razão de todo arrazoado trazido neste artigo.

CONCLUSÃO

De tudo que foi trazido ao debate neste artigo baseado em fundamentos técnicos jurídicos e ainda, lastreado na doutrina e na jurisprudência mais atualizada, procurou-se, com escopo, demonstrar a legitimidade e a legalidade da confecção do Termo Circunstanciado de Ocorrência pelo policial militar, nada obstante, também, a maximização dos recursos públicos – humanos e logísticos empregados na segurança pública, buscando-se parceiros e debatedores, e não criar vozes dissonantes ou malogros, pois como dito, do jeito que tá, não dá para ficar.

Reitera-se que o objetivo não é disputar espaço com a polícia judiciária, mas sim concorrer, em seu significado macro, qual seja, correr com, pois o ato é legal e legítimo, para uma segurança pública melhor para o cidadão atendendo ao desiderato constitucional quer seja os do artigo 37, do artigo 144 quer seja do artigo 98 e ainda aos princípios inculcados na Lei federal nº 9.099/1995 como preceitos primários para o serviço público de segurança pública.

Assim, entende-se que com a confecção do Termo Circunstanciado de Ocorrência pelo policial militar significará a operacionalização de um ciclo completo

de polícia, mesmo que mitigado, mas que trará mais benefícios ao cidadão quer seja pela própria celeridade quer seja por evitar deslocamentos desnecessários, pois a solução lhe é apresentada, nada obstante, pensa-se que ocorrerá a liberação de policiais civis para a investigação de crimes de médio e grande potencial ofensivo.

Nesse sentido, observa-se que o termo circunstanciado de ocorrência confeccionado pelo policial militar que atende a ocorrência é a ferramenta simples e exequível para atender ao postulado do caput do Art. 144 da Constituição da República e prestar um serviço público adequado, com o fim de proporcionar uma maior sensação de segurança pública aliada a pacificação social.

REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto. **Processo Penal Esquemático**. 3ª edição. Método. São Paulo. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Saraiva. São Paulo. 2009.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 6ª edição. Coordenação da tradução João Ferreira. Unb. Brasília. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Artigos 5º e 6º da Constituição Federal de 1988**.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal brasileiro. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 15ª edição. São Paulo. P. 395. 2012.

BRASIL. Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 – Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 15ª edição. São Paulo. P. 1.138. 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal – Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. 3ª edição. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2009.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da Administração Pública**. Discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3ª edição. RT. São Paulo. 2011.

FRANCO, Alberto Silva; e STOCO, Rui. **Código Penal e sua Interpretação**. Doutrina e Jurisprudência. 8ª edição. Revista, atualizada e ampliada. RT. São Paulo. 2007.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 8ª edição. Impetus. Rio de Janeiro. 2014.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio – Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. Impetus. Rio de Janeiro. 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. **Juizados Especiais Criminais, o procedimento sumaríssimo no processo penal**. 2ª Edição. Atlas. São Paulo. 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Impetus. Rio de Janeiro. 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 4ª edição. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2009.

MARTINS, Ives Gandra e REZEK, Francisco. **Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. RT. São Paulo. 2008.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. 2ª edição. Método. São Paulo. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12ª edição. RT. São Paulo. 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. . 2ª edição. Lumen Juris. Rio de Janeiro 2011.

PRADO, Geraldo; e CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Lei dos Juizados Criminais**. . 4ª edição. Lumen Juris. Rio de Janeiro 2006.

RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João e COSTA, Ilton Garcia da. **Direito Militar: doutrinas e aplicações**. Campus Jurídico. Rio de Janeiro. 2011.

RAMOS, Adirson Antônio Glório de; e SIQUEIRA, Sebastião Pereira de. **O cumprimento do mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar não fere os §§ 4º e 5º do Artigo 144 da Constituição Federal**. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1030/R%20DJ%20Comen%20constitucional%20-%20adirson.pdf?sequence=1>> Acesso em: 18 ago. 2014.

SILVA, José Antônio da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª edição. Malheiros. São Paulo 2003.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 5ª edição. Forense. Rio de Janeiro. 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib e CARVALHO, Gláucia. **De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico Conciso**. Forense. Rio de Janeiro. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. Malheiros. São Paulo. 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª edição. Saraiva. São Paulo. 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado Volume 1**. 14ª edição. Saraiva. São Paulo. 2012.

PRISÃO

em sala do Estado-Maior Prerrogativa anacrônica e inconstitucional



Carmen Magali Cervantes Ghiselli

Procuradora do Estado de São Paulo (09/1994-04/2016)

Assessora Especial do Secretário de Segurança Pública de São Paulo (2007/2010)

INTRODUÇÃO

Nos termos do artigo 7º, inciso V, da Lei Federal nº 8.906/94, o advogado tem o direito de “não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas e, na sua falta, em prisão domiciliar”.

Quando entrou em vigor, o dispositivo impunha a necessidade de que a OAB aprovasse as condições da referida sala. A expressão “assim reconhecidas pela OAB” foi suprimida com o julgamento da Ação Direta de Inconsti-

tucionalidade nº 1.127, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)¹.

A despeito da expressa previsão, no artigo 295, inciso VII, do Código de Processo Penal (CPP), de que os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos

¹ Essa ADI, que tinha por objeto a declaração de inconstitucionalidade inúmeros dispositivos do Estatuto da OAB, foi julgada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 17/05/2006, foi conhecida em parte e, nessa parte, julgada parcialmente procedente.

à prisão antes de condenação definitiva, os advogados sustentam o direito de ser presos em “prisão especialíssima”,² entendeu o Supremo Tribunal Federal (STF).

Não houve, entretanto, no julgamento daquela ADI, o enfrentamento da questão central: inexistente, na estrutura das Forças Armadas e da Polícia Militar (PM),³ sala de Estado-Maior que comporte a destinação pretendida pelo Estatuto: a custódia de presos.

Seria razoável manter a prerrogativa de prisão em sala de Estado-Maior se, à sua falta, e à falta de autorização constitucional para obrigar as referidas Corporações a alterar suas instalações e funções, os advogados irão automaticamente para prisão domiciliar, frustrando sempre sua prisão preventiva?⁴

A resposta a esse questionamento será precedida da contextualização histórica da prerrogativa, que foi deferida aos advogados, logo após a criação da Ordem dos Advogados Brasileiros⁵ por Getúlio Vargas, em 1930.

Será demonstrado também que, devido aos longos períodos de exceção, foram poucas as oportunidades para que os advogados exercessem essa prerrogativa antes da Constituição de 1988, porque o motivo de suas prisões era essencialmente político. O aumento do cometimento de crimes comuns teve início na década de 90.

A compreensão da viabilidade do exercício da prerrogativa perpassa, ainda, por vários fatores: a visão atualizada da criminalidade, que impõe à gestão carcerária uma estruturação que leva em conta a existência de facções criminosas que atuam dentro e fora dos presídios; o aumento do número de advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o seu crescente envolvimento com atividades criminosas.

2 Expressão usada pelo Ministro Cezar Peluso durante os debates ocorridos no julgamento da ADI 1.127.

3 Cujas competências estão elencadas nos artigos 142 e 144, § 6º, da Constituição Federal, respectivamente.

4 Que pode ser decretada para a “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

5 Assim denominada pelo Decreto 19.408 de 18/1/1930.

Nesse contexto, foi votado e aprovado o novo Estatuto da OAB, Lei 8.906/94 que, desconsiderando todos esses fatores, manteve a prerrogativa de forma agravada: inexistindo sala de Estado-Maior para sua prisão, quando decretada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o advogado tem direito à prisão domiciliar.

O Poder Judiciário, especialmente o STF, passou a deferir a prisão domiciliar, em sede de habeas corpus e reclamação, divorciado da realidade prisional, do perfil do preso e da fundamentação das instâncias inferiores para a manutenção da prisão.

Não se atentou ao fato de que, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.403, de 2011,⁶ a prisão do advogado antes da condenação definitiva requer a gravidade de sua conduta, o que ocorre, geralmente, em relação a práticas desvinculadas do exercício de sua profissão.

Em condições extraordinárias, alguns advogados ficaram custodiados no Quartel da Cavalaria 9 de Julho, da PM de São Paulo (PMESP). Quais os crimes praticados por eles? Assassinato dos pais, da esposa, de policial, envolvimento com o crime organizado, entre outros. Esse o perfil dos beneficiados pela prisão em sala de Estado-Maior, que será demonstrado na seção 2.4., deste trabalho.⁷

As consequências da posição jurisprudencial que se formou podem ser sentidas nos exemplos práticos noticiados. Mizaél Bispo,⁸ advogado acusado de matar a ex-namorada e também advogada, Mércia Nakashima, ficou foragido por um ano e apresentou-se exercendo a prerrogativa de ser preso em sala

6 “Uma nova lei que regulamenta as prisões e entra em vigor nesta segunda-feira (4) pode beneficiar 219 mil presos provisórios – aqueles que ainda não foram condenados pela Justiça. A quantidade representa mais de 40% de toda a população carcerária, que é de quase 500 mil. [...]” Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/nova-lei-cria-alternativas-a-prisao-provisoria-e-mais-de-200-mil-casos-devem-ser-revistos-20110702.html>>. Acesso em: 18 mar.2012.

7 Cf. relatório recebido do Comando Geral da Polícia Militar de São Paulo.

8 <<http://noticias.r7.com/sao-paulo/noticias/defesa-de-miza-el-bispo-desiste-do-pedido-de-sala-especial-20120229.html>>: “A defesa de Mizaél Bispo, acusado de matar a ex-namorada Mércia Nakashima, desistiu do pedido de uma sala de Estado-Maior, que é um benefício destinado a advogados inscritos na OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), até o julgamento do autor do crime. Com o benefício, ele teria direito a ficar em uma sala sem grades e sem características de prisão. Entretanto, o espaço não está disponível.”

de Estado-Maior. Tinha certeza de que o Judiciário o liberaria para a prisão domiciliar, pois conhecia a jurisprudência.

Como policial militar reformado, sabia da inexistência de sala de Estado-Maior na estrutura da PM e das Forças Armadas, para a custódia de presos.

O que tem sido feito pelo Comando Geral, nesse Estado,⁹ nos casos de maior clamor ou risco, é adaptar uma sala para acomodar o preso, comprometendo efetivo que deveria ser aplicado no policiamento ostensivo, atribuição constitucional da PM, nos termos do artigo 144, § 5º, da Constituição Federal.¹⁰

A pretensão do advogado, e também PM reformado, só não se efetivou porque, ciente de que lhe seria oferecida uma sala adaptada, desistiu do exercício da prerrogativa já deferida pelo Judiciário, com a anuência do Ministério Público, e permaneceu no Presídio Militar Romão Gomes, destinado a policiais militares.

Inexistindo o local apontado pelo legislador para a custódia do advogado preso, ele será, invariavelmente, beneficiado pela prisão domiciliar, independentemente da gravidade do crime cometido e dos riscos de frustração da aplicação da lei penal.

A solução para os problemas apontados impõe respostas a alguns questionamentos: a) é razoável remodelar quartéis e readequar efetivos, em função do atendimento de uma prerrogativa, ainda que, em detrimento do exercício das funções constitucionalmente atribuídas à PM e às Forças Armadas? b) há riscos para o advogado, ao ser mantido preso com outras pessoas que têm formação universitária, em local diverso da cela comum? c) é exigível que o Estado despreze as cautelas necessárias para administrar o atual perfil do criminoso que ocupa o sistema carcerário, seja ele condenado definitivamente ou não?

Depois de inúmeros habeas corpus e reclamações,¹¹ há perspectiva de que o Supremo reveja o entendimento jurisprudencial consolidado após o julgamento da ADI 1.127,

9 Ao que parece, também nos demais Estados.

10 Art. 144 - A segurança pública, dever do Estado, direito 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 - Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

11 - Talvez pelas características do crime de atentado violento ao pudor cometido por advogados tenham suscitado os questionamentos apresentados Disponíveis em <http://tv-justica.blogspot.com/2010_08_15_archive.html>. Acesso em 05 mar. 2012.

ao julgar conjuntamente as Reclamações nº 8853 e nº 5826. Após os debates, foram proferidos dois votos pela improcedência e dois pela procedência, e o Ministro Dias Toffoli pediu vista. O julgamento encontra-se suspenso desde 19 de agosto de 2010¹².

A mudança de orientação envolve a maioria dos operadores da Justiça, como potenciais usuários da prerrogativa de prisão em sala de Estado-Maior: os inscritos na OAB.

As idênticas prerrogativas¹³ deferidas aos magistrados e membros do Ministério Público não serão objeto deste trabalho porque a discussão travada na ADI 1.1127, nada decidiu, mas enunciou que os mesmos estariam submetidos ao artigo 295 do Código de Processo Penal. Além disso, não possuem direito subjetivo público à prisão domiciliar, cuja pertinência será avaliada em cada caso.

Capítulo 1

HISTÓRICO DA PRISÃO EM SALA DE ESTADO-MAIOR NO BRASIL

A criação da Ordem dos Advogados do Brasil e a Prisão em Sala de Estado-Maior no Brasil

Antes da criação da Ordem dos Advogados do Brasil, os advogados eram representados pelo Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Criado em 1843, o Instituto já era atuante na vida política do país e seus membros auxiliaram na elaboração das leis que, gradativamente, substituíram a legislação portuguesa, bem como na redação da Constituição republicana (1891).¹⁴

Os primeiros cursos de Direito foram criados em 1827; as-

12 Em ambas as Reclamações, a Ministra Cármen Lúcia, relatora, julgou procedente a reclamação e foi acompanhada parcialmente pelo Ministro Ayres Britto; os Ministros Ricardo Lewandowski e Ellen Gracie votaram pela improcedência. Os autos foram restituídos para julgamento pelo Pleno em 31 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2593159>> Acesso em 28 mar.2012.

13 Lei Complementar nº 35, de 14.3.79 – Lei Orgânica da Magistratura “Art. 33. São prerrogativas do magistrado:[...] III. Ser recolhido a prisão especial, ou a sala de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do Órgão Especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final”; Lei nº 8.625, de 12.2.83 – Lei Orgânica Nacional do M. Público: “Art. 40. Constituem prerrogativas dos Membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica: [...]IV. ser custodiado ou recolhido a prisão domiciliar, ou a sala especial de estado maior, por ordem e à disposição do tribunal competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final; Lei Complementar nº 75, de 20.5.93: “Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União: [...]II – processuais: [...]e) ser recolhido a prisão especial ou a sala especial de Estado Maior, com direito a privacidade e à disposição do tribunal competente para julgamento, quando sujeito a prisão antes da decisão final; e a dependência separada no estabelecimento em que tiver de ser cumprida a pena”.

14 <http://www.iabnacional.org.br/rubrique.php3?id_rubrique=2>. Acesso em: em 02 mar. 2012.

sim, desde o final de 1831 já existiam advogados formados em território nacional. O IAB, no período imperial se tratava de um órgão governamental, consultado pelo Imperador e seus auxiliares diretos, como também pelos Tribunais, para auxiliar com seus pareceres, importantes decisões judiciais. Inicialmente, a tarefa primordial desse Instituto seria a criação da Ordem dos Advogados, o que só veio a ocorrer em 1930.¹⁵

Após a vitória do movimento armado que levou Getúlio Vargas ao poder¹⁶, um dos primeiros atos assinados pelo novo presidente foi o **Decreto nº 19.408**, datado de 18 de novembro de 1930¹⁷, que estabeleceu a criação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Esse decreto refletia o período político conturbado por que passava o país naquele momento. O conteúdo, voltado para a organização das Cortes de Apelação, tratava também da abolição de julgamentos secretos e criava a Ordem dos Advogados, no artigo 17.

As restrições opostas à criação de privilégios aos advogados foram contrariadas com o argumento de que “a instituição da Ordem traria, ao contrário, restrição aos direitos dos advogados”¹⁸.

O primeiro Regulamento da Ordem dos Advogados foi aprovado por meio do Decreto nº 20.784, de 14 de dezembro de 1931¹⁹ e contemplava a prerrogativa do advogado, de não ser preso, senão em sala especial de Estado-Maior: artigo 25, inciso VIII, “não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão

em sala especial de Estado-Maior.”²⁰

Ao estudo da evolução histórica dessa prerrogativa, interessa detectar as razões que ensejaram a inclusão da mesma, em tempos tão remotos, durante um regime que hostilizou os advogados que defendiam quem o combatia, para contextualizá-la e avaliar sua subsistência.

**Confirmação da dissolução
do Congresso Nacional do Brasil, dos
congressos estaduais e das câmaras
municipais. Os deputados, senadores
e presidentes de estados, eleitos em
1930, nunca chegaram a tomar posse
dos seus mandatos.**

Não é de hoje que o sistema carcerário tem suas mazelas e Getúlio Vargas, como um dos líderes da revolução, estava sujeito à pena de até 20 anos de prisão e à pena de banimento, caso o golpe se frustrasse. Ainda que disso não haja registro, não é absurdo supor que ele se beneficiaria daquela prerrogativa, pois

era advogado, formado desde 1907.

O fato é que, após a proclamação da República, na vigência da Constituição promulgada em 1891, o Exército e a Marinha passaram a ter participação mais ativa nas decisões políticas do país. Os militares contribuíram de maneira decisiva nos assuntos de interesse nacional, tais como a proclamação da República, o Tenentismo, o Estado Novo e, finalmente, a política intervencionista idealizada pelo General Góes Monteiro durante a era Vargas e cujo fomento culminou com os acontecimentos de 1964.²¹ As Forças Armadas passaram a ter a função de garantidoras da lei e da ordem.²²

Getúlio tornou-se Chefe do Governo Provisório²³ com amplos poderes; governava através de **decretos** que tinham força de lei.

Pelo Decreto nº 19.398, de 11 de novembro, de 1930,²⁴

15 <<http://www.oabsp.org.br/portaldamemoria/historia-da-oab/a-criacao-da-oab/>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

16 Aos 3 de novembro de 1930, a Junta Militar Provisória passou o poder, no **Palácio do Catete**, a Getúlio Vargas.

17 Artigo 17 do Decreto 19.408 de 18/11/1930:

“Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção de advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo Governo”. <<http://www.oabsp.org.br/institucional/historia/termina-a-republica-velha>>. Acesso em: em 02 mar. 2012.

18 Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/portaldamemoria/historia-da-oab/a-criacao-da-oab/>>. Acesso em: 02 mar. 2012

19 Esse decreto sofreu modificações posteriores e a sua consolidação pelo Decreto 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, constituiu o ordenamento jurídico que regulou as atividades da corporação durante mais de 32 anos, até a promulgação da Lei 4.215 em 1963.

20 O termo foi grafado dessa forma. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 05 dez. 2011.

21 PINÓN, Carlos Pacheco. As Forças Armadas e a garantia da lei e da ordem sob uma perspectiva histórica e social. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9392/as-forcas-armadas-e-a-garantia-da-lei-e-da-ordem-sob-uma-perspectiva-historica-e-social>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

22 Assim se manteve até os dias atuais. O artigo 142 da CF prevê, expressamente, que as “As Forças Armadas [...] destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer deles, da lei e da ordem.”

23 Período 1930 a 1934.

24 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19398.htm>

instituiu e regulamentou o funcionamento do Governo Provisório, no qual se destacavam os seguintes atos:

Suspensão das garantias constitucionais da Constituição de 1891, exceto o habeas corpus para crimes comuns.

Confirmação da dissolução do Congresso Nacional do Brasil, dos congressos estaduais e das câmaras municipais. Os deputados, senadores e presidentes de estados, eleitos em 1930, nunca chegaram a tomar posse dos seus mandatos.

Autorização para Chefe do Governo Provisório nomear e exonerar, a seu livre critério, interventores para os governos estaduais;

Exclusão de apreciação judicial os atos do Governo Provisório e os atos dos interventores federais nos estados. Assim, nenhum ato e nenhum decreto do Governo Provisório e dos interventores podia ser contestado na justiça brasileira.

A "Era Vargas", que abrangeu o período de 1930 a 1945, quando Getúlio foi deposto por um movimento militar, foi marcada por eventos de grande vulto: a Revolução Constitucionalista de 1932; a convocação da Assembleia Constituinte que promulgou a Constituição de 1934; o golpe de estado de 1937, com o fechamento do **Congresso Nacional do Brasil** e outorga de uma nova **Constituição**, que lhe conferia controle total ao **poder executivo** e, ao mesmo tempo, preservava a autonomia do **Poder Judiciário**; a declaração de estado de guerra e o envio dos pracinhas da Força Expedicionária para combater na Itália o Exército Alemão na Segunda Guerra Mundial.²⁵

Contrariando as expectativas, Getúlio voltou à Presidência em 1950, eleito pelo povo, e governou até agosto de 1954, ano em que se suicidou.

Logo após, em 1964, o Brasil suportou novo golpe militar e a instauração de um regime de exceção, durante o qual as garantias individuais e sociais eram restritas, ou até mesmo ignoradas, e os meios de comunicação censurados. A Ditadura Militar prevaleceu até 1985, quando

Exclusão de apreciação judicial os atos do Governo Provisório e os atos dos interventores federais nos estados. Assim, nenhum ato e nenhum decreto do Governo Provisório e dos interventores podia ser contestado na justiça brasileira.

Tancredo Neves foi eleito para a Presidência da República.

O fato é que a Ordem dos Advogados do Brasil, em períodos de exceção, não teve muitas oportunidades para sustentar, em favor dos seus associados, a prerrogativa de ser preso em sala de Estado-Maior.

Na história das grandes causas da advocacia, registrada pela OAB,²⁶ é possível encontrar relatos que denotam a ausência do exercício das prerrogativas deferidas aos advogados, inclusive, a de não ser preso, antes do trânsito em julgado, senão em sala de Estado-Maior:

Da cadeia, João Mangabeira²⁷ envia uma carta ao líder João Neves da Fontoura, ridicularizando a mensagem presidencial enviada à Câmara.

A acusação contra ele era de que, além de ter impetrado "habeas corpus" em favor dos presos, aconselhara ou auxiliara na impetração de "habeas corpus" requeridos pelo senador Abel Chermont. Mangabeira foi claro: 'Não praticaria jamais a covardia de recusar o meu amparo, como advogado e como homem, a um preso torturado, fosse qual fosse a gravidade de seu crime'.

Mais além, escreveu em 30 de abril de 1936: 'Estabeleceu-se no país, em parte provocada pelos exageros do governo, uma atmosfera de pânico e de covardia generalizada e a tal ponto que professores ilustres, que exerciam sua advocacia, há longos anos nesta Capital, presos absolutamente inocentes, por perseguição religiosa ou integralista, não encontraram um companheiro de foro com a coragem de impetrar a favor deles um "habeas corpus".

[...] Trancafiado, João Mangabeira protestou ao comandante do Batalhão da Polícia Militar em 20 de maio de 1936: 'O que se está passando aqui, com homens, alguns dos quais com saúde precária, privados há 59 dias de sol e ar livre, é um assassinio lento. A incomunicabilidade não priva o preso de ar e sol.

Basta dizer que os próprios condenados à prisão celular têm uma hora por dia livre. E os presos políticos que estão

²⁶ Disponível em: < <http://www.oabsp.org.br/institucional/grandes-causas/a-longa-luta-contra-a-ditadura>> consulta em 10 mar. 2012.

²⁷ Advogado e parlamentar.

na Detenção, embora incomunicáveis, inclusive Ghioldi, que é membro do Komintern, têm uma hora e meia de ar livre e sol. Contra esse crime, embora presos, protestamos, até mesmo para que v. sa. Não se furte amanhã à responsabilidade criminal que lhe cabe, se um dos detidos vier a falecer, por falta de regime de ar ou de sol, indispensáveis à vida’.

Sobral Pinto, jurista que vivenciou²⁸ praticamente todos os movimentos do Século XX, foi adversário do governo provisório de Getúlio Vargas (1930-1934) e apoiou a candidatura de Tancredo Neves à presidência, nas eleições indiretas de 1985.

Além da defesa de Luis Carlos Prestes, nos seus enfrentamentos com o Estado Novo, engajou-se no caso de Harry Berger, comunista estrangeiro, na defesa do qual demonstra as condições desumanas com que estavam sendo tratados os prisioneiros²⁹, inclusive advogados³⁰, invocando o art. 14 da Lei de Proteção aos Animais.³¹

Na obra, “Os advogados e a Ditadura de 1964: a defesa dos perseguidos políticos no Brasil”, o artigo escrito em homenagem ao advogado Antonio Modesto da Silveira³², noticia a falta de atuação da OAB em defesa das prerrogativas dos advogados, muitos deles presos para não atuarem em defesa dos militantes sequestrados:

De acordo com Modesto, a OAB, criada em 1930, permanece até o fim da década de 1960 majoritariamente sob a gestão de advogados ricos, de direita. Mesmo antes do AI-5, de 13 de dezembro de 1968, muitos advogados haviam sido sequestrados e torturados[...] Apesar de os conservadores permanecerem maioria, a máquina de quase meio século havia sido derrotada, o que mudou a conduta de atuação da Ordem dali por diante e a tornou mais atenta aos advogados de perseguidos políticos, que no fim das contas eram eles próprios perseguidos também.

Em obra dedicada a relatar a vida de seu pai, Presi-

28 Heráclito Fontoura Sobral Pinto morreu no dia 30 de novembro de 1991, com 98 anos.

29 Graciliano Ramos, preso em 1936 pelo regime Vargas, sob a acusação de subversão, relata as condições da prisão em Memórias do Cárcere; Sobral Pinto foi seu advogado. Disponível < <http://educacao.uol.com.br/biografias/graciliano-ramos.jhtm>>. Acesso em 15 mar. 2012.

30 Como João Mangabeira, já citado.

31 GOLDMAN, Elisa, MUAZE, Mariana. Sobral Pinto: uma memória em construção. In: SA, Fernando et al (organizadores). Os advogados e a Ditadura de 1964: a defesa dos perseguidos políticos no Brasil. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2010, p. 26-27.

32 MOREIRA, Fernanda Machado. Modesto da Silveira, um soldado do Humano. SA, Fernando et al (organizadores). Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2010, p.62-63.

dente da OAB/SP por quatro biênios³³, Cid Vieira de Souza Filho colacionou diversos artigos e depoimentos que demonstram a dificuldade do exercício de qualquer prerrogativa durante a Ditadura Militar.³⁴

Reproduziu, com essa finalidade, o artigo escrito por Arnaldo Malheiros Filho, no jornal ‘Tribuna do Direito’³⁵:

(...) Constituídos por Cid em nome da Casa, conselheiros experientes no ramo punham-se a campo na defesa dos colegas atingidos. Para os visados pela repressão política, José Carlos Dias foi inúmeras vezes acionado; para os perseguidos sob a forma de processo comum, Raimundo Pacoal Barbosa - o eterno advogado dos advogados - e tantos outros cumpriram admiravelmente seu papel em defesa das prerrogativas da profissão.

A transcrição de depoimento do tributarista Ives Gandra da Silva Martins revela que as prerrogativas estavam suspensas:

(...) 71 foi o grande período da repressão...é um período em que se vive com uma dificuldade enorme...eu mesmo, como advogado, lutando a favor de determinados clientes perseguidos pelo governo, tinha a garantia da Ordem, mas livre de prerrogativas para fazer sustentação oral no Supremo... por exemplo, uma vez houve um pedido de confisco dos meus bens, dizendo que os honorários que eu tinha declarado no imposto de renda,...de perseguidos do governo, ...que eu era co-autor pelo fato de ter tido participação do crime ao receber os honorários...

O contexto histórico, no qual se insere a promulgação da Constituição de 1988, caracteriza-se pelo rompimento com um Estado governado por militares no período de 1964 até as eleições diretas, no início da década de 80. A contraposição ao regime até então vigente no país teve forte influência nos ideais que nortearam os constituintes na elaboração daquele Texto.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 153, pendente de julgamento,³⁶ buscando reexame da interpretação do alcance da Lei de Anistia. A inicial requer uma interpretação mais clara da lei que teria estendido a anistia a classes indefinidas de crime, como

33 Cid Vieira de Souza.

34 OAB X Ditadura Militar. A história de um período difícil para as instituições democráticas brasileiras. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 20 e 70.

35 Publicado em jul. 2002.

36 Julgamento adiado por uma sessão, no dia 23 mar. 2012.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116>> Acesso em: 28 mar. 2012.

aos autores de crimes comuns praticados por agentes públicos acusados de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores ao regime político da época.³⁷

Verifica-se, portanto, a existência de enfrentamento latente entre a Ordem dos Advogados do Brasil e as Forças Armadas.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil

A prerrogativa de não ser preso antes do trânsito em julgado da condenação, senão em sala de Estado-Maior [inserida pela primeira vez, no Regulamento da Ordem, Decreto nº 20.784, de 14 de dezembro de 1931,³⁸ reiterada pelo Decreto 22.478, de 20 de dezembro de 1933³⁹, que aprovou e consolidou os dispositivos regulamentares até então existentes], foi mantida na Lei 4.215, de 1963⁴⁰ e no atual Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei 8.906/1994.⁴¹

A novidade do texto em vigor é que, na ausência de sala de Estado-Maior em condições condignas, tem o advogado direito à prisão domiciliar:

Art. 7º São direitos do advogado: [...]

V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas e, na sua falta, em prisão domiciliar;

No Decreto nº 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, há algumas peculiaridades relativas ao exercício da profissão, que devem ser apontadas para melhor contextualização da prerrogativa no seu nascedouro:

Art. 1º A Ordem dos Advogados do Brasil, criada pelo ar-

37 Disponível em: <<http://www.oab.org.br/Noticia/18939/adin-da-oab-sobre-a-lei-da-anistia-devera-ser-julgada-este-semester-diz-stf>>. Acesso em 20 fev. 2012.

38 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20784.htm>. Acesso em: 20 fev. 2012.

39 Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22478-20-fevereiro-1933-507612-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

40 No artigo 89, inciso V, foi repetido o direito de “não ser recolhido preso, antes da sentença transitada em julgado, senão em sala especial de Estado Maior”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4215.htm>. Acesso em: 20 fev. 2012.

41 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 20 fev. 2102.

tigo 17 do Decreto n.º 19.408, de 18 de novembro de 1930, é o órgão de seleção, defesa e disciplina da classe dos advogados em toda a República. [grifo nosso]

Art. 2º A Ordem constitui serviço público federal, ficando, por isso, seus bens e serviços e o exercício de seus cargos isentos de todo e qualquer imposto ou contribuição. [grifo nosso]

Art. 5º Os governos federal e estaduais proverão à instalação condigna da Ordem e seus arquivos, sempre de preferência no Palácio da Justiça, Fórum ou edifício do Tribunal Superior.

Art. 13. Para inscrição no quadro dos advogados da Ordem é necessário, além dos requisitos legais de capacidade civil: [...]. [grifo nosso]

IV — não estar, nem ter sido condenado por sentença, de que não caiba recurso ordinário, por qualquer dos seguintes crimes: incêndio e outros de perigo comum (Código Penal artigos 136, 140 e 144 a 147), prevaricação (Código Penal, artigos 207 e 209), peita ou suborno (Código Penal artigos 214 a 218), concussão (Código Penal artigos 219 e 220), peculato (Lei n.º 4.780, de 27 de dezembro de 1923), abuso de autoridade (Artigo 232, Código Penal e Lei n.º 4.780, de 1923), moeda falsa, falsidade de documentos e demais crimes de falsidade, punidos pela Lei n.º 4.780, de 1923, contrabando (Código Penal, artigos 265), lenocínio (Código Penal artigos 277 e 278 e Lei n.º 2.992, de 25 de setembro de 1915), fingimentos definidos no Código Penal, artigos 287 e 288, homicídio qualificado (Código Penal, artigos 294, e 39, §§ 6.º e 10.º), destruição de livros e documentos (Código Penal, artigo 326), furtos e apropriação indébita (Código Penal, artigos 330 e 334), falsificação fraudulenta (Decreto n.º 5.746, de 9 de dezembro de 1929, artigos 169 e 173), estelionato, abuso de confiança e outras fraudes (Código Penal, artigos 338 e 339), roubo (Código Penal, artigos 356 e 361), extorsão (Código Penal, artigos 362 e 363), os definidos nos artigos 1º e 5º da Lei n.º 4.294, de 6 de julho de 1921, contra a independência, a integridade e a dignidade da Pátria (artigos 87 e §§ 88, 89 e 91, do Código Penal), em geral qualquer crime cometido com a agravante do § 1º do artigo 39 do Código Penal, ou em quaisquer contravenções dos artigos 369, 373, 380 e 381 do Código Penal, ou em qualquer crime ou contravenção definido nas leis que ulteriormente venham a modificar ou substituir os dispositivos acima citados, referentes às mesmas figuras delituosas; [...]

V — gozar de boa reputação por sua conduta pública atestada por três advogados inscritos na Ordem.

Parágrafo único. Os crimes políticos (salvo os acima enu-

merados), assim como as convicções ou atitudes políticas, ou religiosas, por si sós, não impedirão a admissão no quadro da Ordem.

Art. 25. São direitos dos advogados: [...]

VIII — não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala especial de Estado-Maior;

Art. 56. Serão majorados da quarta parte as penas dos crimes de estelionato, abuso de confiança, falsidade, e de todos os que haja fraude, quando aplicadas a qualquer membro da Ordem.

Verifica-se, assim, que os advogados inscritos teriam direito à prisão em sala de Estado-Maior antes do trânsito em julgado da sentença. Mas, para se inscreverem, não poderiam ter cometido nenhum dos crimes arrolados no artigo 13, inciso IV, do referido Decreto.

Considerando o rigor adotado para seleção dos advogados que comporiam os quadros da OAB,⁴² presumível que se cogitava da excepcionalidade dessa custódia, a qual não causaria transtornos às atividades típicas do Estado-Maior.

Em 1992, quando foi apresentado o projeto de lei que deu origem ao novo Estatuto da OAB, estava em vigor a Lei 4.215 de 1963,⁴³ que assegurava aos advogados presos antes do trânsito em julgado da condenação, a **prisão especial em sala de Estado-Maior**, repetindo a prerrogativa instituída por Decreto de Vargas. Entretanto, nenhum dos diplomas anteriores previa a possibilidade de prisão domiciliar.

Em relação à **prisão especial**, prevista no Código de Processo Penal, a Lei nº 5.256, de 06 de abril de 1967,⁴⁴ editada em pleno regime militar, assim dispunha:

42 Apesar da Revolução Francesa ter extinto todas as corporações profissionais, a tradição manteve-se quanto à denominação da palavra Ordem, inspirando o nome de várias entidades corporativas relativas aos advogados em diversos países, inclusive em Portugal e no Brasil. Disponível em <<http://www.brasilecola.com/historiab/governo-vargas.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

43 No artigo 89, inciso V - foi repetido o direito de "não ser recolhido preso, antes da sentença transitada em julgado, senão em sala especial de Estado Maior".

44 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5256.htm> Acesso em 05 jan. 2012.

Art. 1º Nas localidades em que não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que tenham direito a prisão especial, o juiz, considerando a gravidade e as circunstâncias do crime, ouvido o representante do Ministério Público, poderá autorizar a prisão do réu ou indiciado na própria residência, de onde o mesmo não poderá afastar-se sem prévio consentimento judicial. [...]

O projeto⁴⁵ apresentava um dispositivo híbrido, abarcando as vantagens das duas leis que disciplinavam a prisão especial: foi descartada a necessidade de análise do juiz sobre a gravidade e circunstâncias do crime e a faculdade da prisão domiciliar, que passou a ser tratada como direito público subjetivo.

Depois de longa tramitação e algumas emendas, foi sancionado, em 4 de julho de 1994, pelo Presidente Itamar Franco, novo Estatuto da Advocacia e da OAB, a Lei n.º 8.906/94, que, em harmonia com o art. 133 da Constituição Federal, configurava, segundo o presidente Batochio, a concretização do ideário de lutas pela cidadania e a reafirmação da destinação democrática dos advogados brasileiros⁴⁶.

A consulta ao site da OAB/Conselho Federal permite-nos verificar que, em todo o território nacional, há **705.398 advogados** regularmente cadastrados⁴⁷. Os dez Estados com maior número de advogados são: 1) São Paulo - 233.508; 2) Rio de Janeiro - 117.317; 3) Minas Gerais - 70.796; 4) Rio Grande do Sul - 47.233; 5) Paraná 40.440; 6) Bahia- 24.037; 7) Distrito Federal 20.244; 8) Santa Catarina - 19.688; 9) Goiás - 19.604; 10) Pernambuco - 17.047.

As novidades não estão circunscritas ao número atual de advogados. Seu perfil discrepa daquele eleito pelo primeiro Regulamento, para compartilhar as instalações do Estado-Maior.

André Petry,⁴⁸ ao manifestar-se sobre a importância do

45 O Projeto de Lei nº 2.938/92 foi elaborado pelo Conselho Federal da OAB e encaminhado ao Congresso em 12 de abril de 1992 e subscrito por vários deputados, dentre os quais Ulisses Guimarães.

46 Disponível em <http://www.oab.org.br/historiaoab/links_internos/dest_lei8906.htm> acesso em: 04. fev. 2012.

47 Mais 63.493 estagiários. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/InstitucionalConselhoFederal/QuadroAdvogados>> Acesso em: 27 mar. 2012). Dados atualizados diariamente.

48 Advogados Picaretas. Revista Veja. Ed. 1905, 18 maio 2005. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/180505/andre_petry.html>. Acesso em: 11mar. 2012

As novidades não estão circunscritas ao número atual de advogados. Seu perfil discrepa daquele eleito pelo primeiro Regulamento, para compartilhar as instalações do Estado-Maior.

respeito à prerrogativa da inviolabilidade do escritório ou local de trabalho, ressaltou a necessidade de respeito ao exercício da prerrogativa, em proteção à cidadania. Na mesma oportunidade, faz referência ao aumento do envolvimento dos advogados com a criminalidade:

Não são poucos os advogados picaretas. Agora mesmo, um tal de Laerte Gomes Carvalho foi preso em flagrante no Rio de Janeiro, no momento em que tentava subornar um delegado com 50.000 reais para libertar seu cliente, um traficante conhecido como “Dinho Porquinho”. O advogado, é claro, não estava agindo como advogado, mas como delinqüente. Cana nele. A OAB do Rio de Janeiro informa que, só na atual gestão, já expulsou sessenta advogados de seus quadros, metade deles por envolvimento direto com o crime organizado. São advogados que, em vez de advogar, cometem crimes. Há, sim, muitos advogados picaretas. Mas não há nenhuma indicação de que a picaretagem seja maior entre os advogados do que entre os pedreiros, jornalistas, engenheiros, cantores ou padres. É fundamental que não se crie a impressão de que os advogados são particularmente corruptos e marginais – porque essa impressão, além de injusta e estabonada, faz um mal tremendo à sociedade toda. Aliás, talvez já esteja fazendo. [...]

O mais impressionante é que as invasões dos escritórios de advogados têm sido autorizadas por juízes que, em tese, estudaram nas faculdades de direito, mas ao que tudo indica não aprenderam a diferença entre advogado-advogado e advogado-criminoso. Cabe, portanto, à sociedade ficar alerta.

Ainda que haja algum rigor no atual Estatuto da OAB, que exige, para inscrição do advogado na Ordem, dentre outros requisitos, a idoneidade moral⁴⁹ [o qual se pressupõe desatendido quando o candidato foi condenado por crime infamante]-, o controle do preenchimento daquele requisito e sua manutenção durante o exercício da profissão, é deficiente.

A prática de crime infamante e a perda da idoneidade moral são infrações disciplinares que sujeitam o advogado à pena de exclusão⁵⁰ dos quadros da OAB, entretanto, por envolverem condutas de conteúdo indeterminado, ficam sujeitas à interpretação subjetiva.

Paulo Lôbo,⁵¹ ao comentar o Estatuto da OAB, afirma que “não é a gravidade do crime que o qualifica como infamante, quando praticado por advogado (seja como

49 Artigo 8º, incisos 6º, c/c § 4º do EOAB.

50 Artigo 34, incisos XVII, XVIII c/c artigo 38, inciso II, do EOAB.

51 *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva 2011, p. 231.

mandante, seja como executor), mas a repercussão inevitável à dignidade da advocacia.”

Esclarece, ainda, que, “para efeito do Estatuto, inclusive para inscrição, não se exige que haja condenação criminal transitada em julgado, sendo suficiente a comprovação do fato, ao juízo do Conselho componente.”

As reclamações ajuizadas perante o STF, não raro pela própria OAB,⁵² para garantir o direito à prisão domiciliar a advogados presos por homicídio, tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, atentado violento ao pudor, roubo etc, demonstram a fragilidade do controle.

Entretanto, parece lógico que a prerrogativa do advogado, pela OAB, deve respeitar o limite imposto em benefício de toda a classe. Se o crime imputado ao advogado é infamante e pode repercutir na dignidade da advocacia, ensejando, inclusive, a pena de exclusão, não pode ser defendido pela Comissão de Prerrogativas ou pelo Conselho Federal da OAB.⁵³

A posição das Forças Armadas e da Polícia Militar no Brasil contemporâneo: A sala de Estado-Maior

A importância das Forças Armadas e da Polícia Militar, na atual sistemática da Constituição de 1988, é indicada pelo Título V, onde está inserido o Capítulo que a disciplina: Da defesa do Estado e das Instituições Democráticas. “Foram erigidas à condição de instrumento constitucional de defesa do Estado e da democracia.”⁵⁴

“As Forças Armadas do **Brasil**, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.” Este é o teor do artigo 142, da Constituição Federal, que traduz a relevância histórica que lhe tem sido emprestada.

As polícias militares e os corpos de bombeiros militares

52 Rcl 6336/SP. Rclte: OAB/ Seccional de São Paulo. Relatora Min. Carmen Lúcia. Ref. advogado acusado de envolvimento com facção criminosa. Rcl 11252 MC / PR - Rclte. OAB/Seccional do Paraná. Relator Min. Ayres Britto. Ref. advogado acusado de pedofilia, tendo como vítima familiares, inclusive.

53 Independentemente da presunção de inocência, por não ter nexos com o exercício da profissão.

54 ARAÚJO, Luis Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 303.

são descritos como forças auxiliares e reserva do Exército, subordinadas aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. As Forças Armadas estão sob a Chefia do Presidente da República⁵⁵.

Nos termos artigo 144, §, 5º, da CF⁵⁶, verifica-se que as polícias militares são órgãos da segurança pública e sua função, é realizar o policiamento ostensivo e preservar a ordem pública.

Na Polícia Militar do Estado de São Paulo, em 20 de março de 1897, com a denominação de Brigada Policial do Estado, a Corporação passou a dispor de um Estado-Maior composto de um Comandante, um Major encarregado do detalhe, um Capitão-Secretário, um Capitão encarregado do material e um Alferes ajudante de ordens. Era o que determinava o artigo 6º do Decreto nº 437, editado naquela data.⁵⁷

Já na década de 70, o Decreto nº 7.290, de 15 de dezembro de 1975, que aprova o Regulamento Geral da PMESP, estabelece no artigo 2º que: "São órgãos do comando Geral, sediados na Capital: I - de Direção Geral: Comandante geral (Cmt G); Estado Maior (EM) [...]."

O Estado-Maior do Exército (EME) é o Órgão de Direção Geral (ODG) responsável pela elaboração da Política Militar Terrestre, pelo Planejamento Estratégico e pela orientação do preparo e do emprego da Força Terrestre, visando ao cumprimento da destinação constitucional do Exército Brasileiro (EB)⁵⁸.

O Ministro Ricardo Lewandowski, ao demonstrar cautela no julgamento de Reclamação **ajuizada** perante o Supremo, com pedido de prisão domiciliar formulado por advogado, efetuou consulta ao site do Ministério da Defesa, que re-

sultou em decisão de improcedência do pedido.⁵⁹ A forma como diagnosticou a importância das Forças Armadas e a específica função do Estado-Maior, merecem reprodução:

Ora, conforme se infere das informações prestadas pelo Comandante da 3ª Companhia de Polícia Militar bem como do levantamento fotográfico do local constante dos autos, as condições físicas do Quartel no qual se encontra o reclamante recolhido atendem plenamente os requisitos daquele diploma legal.

Como se sabe, não há definição legal do que seja 'sala de Estado Maior'. Em consulta ao sítio eletrônico do Ministério da Defesa, verifiquei que o Estado-Maior do Exército (EME) foi

criado entre nós, em 1896, substituindo a Repartição do Ajudante-General:

'... como uma assessoria do governo para os misteres de preparação militar para a guerra relacionados às hipóteses ao planejamento das operações. Esse importante órgão, subordinado ao ministro da Guerra, tinha como atribuições: prover a organização do Exército; dirigir e executar operações militares; organizar o plano geral de defesa da República; distribuir e articular tropas, organizar o plano geral de mobilização, de concentração e de transporte; propor ao ministro da Guerra todos os meios referentes à instrução e à disciplina da tropa'.

As atribuições de natureza estratégica e de apoio às Forças armadas permanecem, atualmente, com as mudanças que a História naturalmente impôs, no Comando do Estado Maior de Defesa, consoante se extrai do referido sítio eletrônico:

'O Estado-Maior de Defesa (EMD), órgão de assessoramento do Ministro de Estado da Defesa, tem como atribuições básicas:

- Formular a doutrina e o planejamento do emprego combinado das Forças Armadas (FA);

- Planejar, apoiar e acompanhar as operações militares de emprego combinado das FA;

- Formular a política para o Sistema Militar de Comando e

55 CF, artigo 144, § 6º; artigo 84, inciso, XIII.

56 Artigo 144, § 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

57 MIRANDA, Claudir Roberto Teixeira de. *Prisão Especial de Advogado em "Sala de Estado Maior": anotações para uma necessária reflexão.* In Periódico Polícia Militar: A Força Policial, n. 61.2009, fl. 44.

58 Disponível em: <<http://www.eme.eb.mil.br/>> Acesso em: 12 mar. 2012.

59 Rel 6825/SC. Julg. 10.02.2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644076>> Acesso em 05.fev.2012.

Controle e a doutrina de inteligência operacional para as operações combinadas;

- Propor diretrizes para a atuação das FA na garantia da lei e da ordem, quando couber e na forma da legislação em vigor, e no apoio ao combate a delitos transfronteiriços e ambientais;

- Propor diretrizes para a participação das FA nas atividades relacionadas com a defesa civil e em operações de manutenção da paz; e

- Realizar outras atividades inerentes à sua área de atuação'.

Trata-se, pois, de órgão de cúpula do Ministério de Defesa, e que integra também o organograma de cada uma das Forças Armadas, bem como das polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército (art. 144, § 6º, da CF), que funciona em locais apropriados nos distintos estabelecimentos que lhes servem de sede.

Capítulo 2

A PRISÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A prisão antes do trânsito em julgado da condenação

A liberdade é um direito fundamental, ao qual a presunção de inocência é correlata, nos termos do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal:

Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Sem afrontar o princípio da presunção de inocência, admitiu o legislador a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nos termos do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP):

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Pode o Magistrado, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, decretar a prisão preventiva.⁶⁰ Entretanto, a Lei 12.403/2011 tornou ainda mais excepcional a privação da liberdade antes da condenação definitiva, que deve ser imprescindível a ponto de afastar o cabimento das cautelares alternativas, previstas no artigo 319 do CPP⁶¹

Dispõe o artigo 312 do CPP que "a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei quando houver provas da existência do crime ou indícios suficientes de autoria e será aplicada."

Ao comentar as recentes alterações promovidas no Código de Processo Penal, pela Lei 12.403/11, o criminalista José Roberto Batochio⁶² afirma que houve progressos legislativos nessa questão:

Sem dúvida, ela representa grande avanço na nossa legislação. Essas alterações, depois de uma trajetória de endurecimento vivenciada pelo processo penal brasileiro, são uma brisa que oxigena e refresca o sistema. Compatibiliza o CPP com os princípios reitores da Constituição, segundo os quais a liberdade é a regra e prisão é exceção, e, a prisão antes da decisão condenatória é à exceção das exceções. O que vemos hoje é o abuso no uso dos encarceramentos temporários e preventivos. A Lei 12.403/11 veio equilibrar um pouco as coisas. Afasta a frequência indevida e desnecessária desses instrumentos extraordinários que afetam a liberdade das pessoas.

Em entrevista ao Consultor Jurídico,⁶³ antes da aprovação das últimas alterações no Código de Processo Penal, que priorizou a utilização das cautelares alternativas, o Ministro Celso de Melo, questionado sobre as críticas à decisão do STF, por ter "privilegiado o princípio da presunção da inocência, com prejuízo à prisão de acusados perigosos", afirmou:

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir como o fez, não inviabi-

60 Artigo 311, do CPP.

61 Artigo 282 do CPP.

62 Entrevista concedida à *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil do Distrito Federal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-03/reservar-prisao-certos-casos-democratico-batochio>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

63 Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-18/entrevista-celso-mello-ministro-supremo-tribunal-federal?pagina=3>>. Acesso em 6 fev. 2012.

lizou a prisão cautelar — como a prisão temporária e a prisão preventiva — de indiciados ou réus perigosos, pois expressamente reconheceu, uma vez presentes razões concretas de real necessidade, a possibilidade de utilização, por magistrados e tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a preservar e a proteger os interesses da coletividade em geral e dos cidadãos em particular. A jurisprudência que o Supremo Tribunal vem construindo em tema de direitos e garantias individuais confere expressão concreta, em sua formulação, a uma verdadeira agenda das liberdades, cuja implementação é legitimada pelo dever institucional, que compete à Corte Suprema, de fazer prevalecer o primado da própria Constituição da República. Não custa rememorar que essa prerrogativa básica — a de que todos se presumem inocentes, até que sobrevenha condenação penal transitada em julgado — está consagrada não só nas Constituições democráticas de inúmeros países, como o Brasil, mas, também, em importantes declarações internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), [...].

Tenho salientado, em julgamentos de que fui relator no Supremo Tribunal (HC 83.947/AM, por exemplo), que já não mais prevalece em nosso sistema jurídico a regra que, em dado momento histórico do processo político brasileiro — Estado Novo —, criou para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes despóticos, a obrigação de ele provar a sua própria inocência.

Em decisão recente,⁶⁴ a Ministra Rosa Weber, ao denegar a ordem, fixou os parâmetros autorizadores da prisão preventiva, que não cedem ao princípio da presunção de inocência:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. DUPLO HOMICÍDIO. PERICULOSIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DECRETAÇÃO FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA. I. A presunção de inocência, ou de não culpabilidade, é princípio cardeal no processo penal em um Estado Democrático de Direito. Teve longo desenvolvimento histórico, sendo considerada uma conquista da humanidade. Não impede, porém, em absoluto, a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo, exigindo apenas que essas sejam necessárias e que não sejam prodigalizadas. “A antecipação cautelar da prisão”, conforme lição do eminente Ministro Celso de Mello, “não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade” (HC 94.194/CE, decisão monocrática, 28.8.2008, DJE nº 165, de 2.9.2008). Não constitui um véu inibidor da apreensão da realidade pelo juiz, ou mais especificamente do conhecimento dos fatos do processo e da valoração das provas, ainda que em cognição sumária e provisória. O mundo não pode ser colocado entre parênteses. O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser valorado para decretação ou manutenção da prisão cautelar não é consentâ-

64 HC 106474/BA, julg. 06 mar.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28presuncao+e+inocencia%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 26 mar. 2012.

neo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria. Se as circunstâncias concretas da prática do crime revelam a periculosidade do agente e o risco à ordem pública, justificada está a decretação ou a manutenção da prisão cautelar, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria. 3 Na espécie, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente está devidamente fundamentada e embasada em elementos concretos comprobatórios de sua necessidade. 4. Bons antecedentes, primariedade e residência fixa não impedem a decretação da prisão preventiva, quando presentes seus pressupostos e fundamentos, como ocorre no presente caso. Precedentes. 5. Writ denegado.

Objetivando tornar realidade o compromisso assumido pelo Brasil, ao ratificar o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU,⁶⁵ a Presidente encaminhou à Câmara, em outubro de 2011, o Projeto de Lei nº 2.442/11⁶⁶.

Sua finalidade é instituir o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, criar o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo nacional de Prevenção e Combate à Tortura, além de outras providências:

Art. 3º. Para os fins desta Lei, considera-se:

I - tortura: os tipos penais previstos na Lei no 9.455, de 7 de abril de 1997, respeitada a definição constante do art. 1º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991; e

II - pessoas privadas de liberdade: aquelas obrigadas, por mandato de autoridade judicial ou administrativa, a permanecerem em determinados locais públicos ou privados, dos quais não possam sair de modo independente de sua vontade, abrangendo locais de internação de longa permanência, centros de detenção, estabelecimentos penais, hospitais psiquiátricos, casas de custódia, instituições socioeducativas para adolescentes em conflito com a lei e centros de detenção disciplinar em âmbito militar, bem como nas instalações mantidas pelos órgãos elencados no art. 61 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984.

A prisão em cela especial

A Câmara dos Deputados, em 07/04/2011, quando da

65 A justificativa para o Projeto consta do PL - 5233/200, que tramita em conjunto com o PL 2.442/2011. Disponível <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=285496>>. Acesso em 12 mar. 2012.

66 Tramita apensado ao PL-5233/2005.

votação do projeto de lei que deu origem à Lei nº 12.403/11 e alterou os dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941-CPP [relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares e deu outras providências], rejeitou o fim da prisão especial, matéria que já havia sido aprovada no Senado, no Substitutivo oferecido ao Projeto de Lei nº 4.208/2001.

Ao rejeitar os artigos 295 e 350 constantes do artigo 1º do Substitutivo, ficou prejudicada a proposta do artigo 4º do mesmo documento, que previa a revogação de inúmeros dispositivos que asseguram a prisão especial às diversas categorias indicadas, bem como a prisão em sala de Estado-Maior para os membros do Ministério Público e advogados.

Essa era a proposta do Senado:⁶⁷

Art. 295. É proibida a concessão de prisão especial, salvo a destinada à preservação da vida e da incolumidade física e psíquica do preso, assim reconhecida por decisão fundamentada da autoridade judicial ou, no caso de prisão em flagrante ou cumprimento de mandado de prisão, da autoridade policial encarregada do cumprimento da medida.

Além dos dispositivos do Código de Processo Penal, o Substitutivo previa expressamente, a revogação Lei nº 2.860, de 31 de agosto de 1956: *Estabelece Prisão Especial para os Dirigentes de Entidades Sindicais e para o Empregado do Exercício de Representação Profissional ou no Cargo de Administração Sindical; a Lei nº 3.988, de 24 de novembro de 1961: Estende aos pilotos de aeronaves mercantes nacionais a regalia concedida pelo art. 295, do Código de Processo Penal, que trata de prisão especial; a Lei nº 5.606, de 9 de setembro de 1970: Outorga a regalia de prisão especial aos oficiais da Marinha Mercante; o inciso III do art. 19 da Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983: Art. 19 - É assegurado ao vigilante [...] III - prisão especial por ato decorrente do serviço; a Lei nº 7.172, de 14 de dezembro de 1983: Outorga a regalia da prisão especial aos professores do ensino do 1º e 2º graus; o art. 135 da Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990: **Art. 135. O exercício efetivo da função de conselheiro constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo; o inciso V do art. 40 da Lei nº 8.625, de 12 de***

67 Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26558>>. Acesso em 13 dez. 2011. Acrescentadas informações sobre o teor das leis.

*fevereiro de 1993: Art. 40. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica: [...] V - ser custodiado ou recolhido à prisão domiciliar ou à sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final e inciso V do art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994: **Art. 7º São direitos do advogado: [...] V - não ser recolhido preso, antes de***

sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas e, na sua falta, em prisão domiciliar.

Pelos debates travados na Câmara,⁶⁸ percebe-se que prisão do advogado em sala de Estado-Maior não foi discutida com suas peculiaridades, pois inexistia celeuma a respeito. Foi tratada como prisão especial.⁶⁹

Interessante, a pesquisa elaborada por Laura Frade,⁷⁰ a respeito da atuação do Legislativo:

A tendência dominante constituída nesse espaço decisório foi da prevalência de uma postura elitista em relação ao crime. Punitiva. Replicadora da impunidade da elite - com quem os elaboradores legais se identificaram- e moldada de forma a preservar estruturas oligárquicas de poder.

O artigo 295 do Código de Processo Penal foi mantido intacto, nos termos da redação dada pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001:

Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva⁷¹:

68 Impasse sobre prisão especial adia análise de mudanças no processo penal Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/194776-IMPASSE-SOBRE-PRISAO-ESPECIAL-ADIA-ANALISE-DE-MUDANCAS-NO-PROCESSO-PENAL.html>>. Acesso em 13dez. 2011.

69 Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI130077,-51045-PL+que+derruba+prisao+especial+para+advogado+e+procurador+causa>>. Acesso em: 13 dez.2011.

70 *Quem mandamos para a prisão? Visões do Parlamento Brasileiro sobre a Criminalidade*. Brasília: Líber Livro Editora, 2008, p. 108.

71 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 06 jan. 2012.

I - os ministros de Estado;

II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia;

III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados;

IV - os cidadãos inscritos no “Livro de Mérito”;

V - os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

VI - os magistrados;

VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

VIII - os ministros de confissão religiosa;

IX - os ministros do Tribunal de Contas;

X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função;

XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.

§ 1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum.

§ 2º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.

§ 3º A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.

§ 4º O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum.

§ 5º Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum.

Roberto Delmanto Junior, no estudo intitulado, *Prisão Especial, sala de Estado-Maior e Prisão domiciliar em face da Lei 10.258/01*,⁷² defende a manutenção do benefício:

[...] verifica-se que o direito conquistado pelos jornalistas, magistrados, promotores e advogados, de forma distinta dos demais membros da comunhão social, é “natural e razoável”, impondo-se precisamente em função da necessidade de se resguardar, ao máximo, as suas atividades, fundamentais à manutenção da democracia, já que, como é cediço, as ditaduras, tanto de

direita quanto de esquerda, se utilizam, para impor seus regimes de exceção, justamente de prisões processuais penais.

Ao escrever sobre Projeto de Lei que resultou na Lei 10.258/01, Fernando da Costa Tourinho Filho,⁷³ sustenta que o sistema deveria ser reestruturado para oferecer condições condignas a todos os presos:

Ultimamente, como algumas pessoas com direito a prisão especial teriam sido obsequiadas com diversas regalias, (telefone celular, televisão, refeições levadas por familiares!!!) tal fato levou a mídia (que desconhece a nossa realidade prisional) a uma campanha contra essa espécie de prisão, a ponto de o próprio Governo, já agastado com os problemas sobre improbidade administrativa, haver solicitado à Comissão encarregada da elaboração de um anteprojeto visando à reforma do Código de Processo Penal um disciplinamento sobre a prisão especial. A Comissão limitou-se a acrescentar cinco parágrafos ao art. 295 [...]

Assim procedendo, a Comissão objetiva retirar dos presos “privilégios injustificados”, restringindo o conceito de “prisão especial” às condições que resguardam a segurança, saúde e dignidade humana (sic). Que privilégios injustificados são esses?

No interior de todo o Brasil, mesmo nos Estados mais ricos, como regra, os que têm direito à prisão especial ficam confinados numa cela (quando há...) separada das destinadas aos presos comuns, sem o menor respeito à dignidade humana. Somente aqueles que visitam as cadeias sentem o drama que ali se vive.

A organização prisional no Estado de São Paulo

O Estado de São Paulo teve o maior índice de encarceramento nos últimos anos,⁷⁴ mas isso pode ter sido determinante para a drástica redução do número de homicídios.⁷⁵

Em artigo que trata da superpopulação carcerária, Dráu-

73 Prisão Especial? Disponível em: <<http://www.direitocriminal.com.br>> Acesso em: 03 mar. 2012.

74 De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), entre 1995 e 2005 a população carcerária do Brasil cresceu 143,91%, saltando de cerca de 148 mil presos para 361.402. Em 2009 o número já alcançava 490 mil presos, representando um crescimento de 36% em apenas 4 anos. O estado de São Paulo é o que concentra o maior índice do país, com aproximadamente 173 mil presos distribuídos entre 134 unidades prisionais. Além do altíssimo número de pessoas dentro das penitenciárias brasileiras, o país oficialmente apresenta um déficit de vagas de 194.650.

Disponível em: <<http://carosamigos.terra.com.br/index2/index.php/noticias/1284-tribunal-popular-denuncia-o-encarceramento-em-massa>>. Acesso em: 25 mar. 2012

75 Disponível em <http://www.ijsn.es.gov.br/attachments/592_ijsn_td14.pdf> Acesso em: 25 mar. 2012

zio Varella,⁷⁶ dá a exata dimensão do problema em São Paulo:⁷⁷

Levantamento produzido pela Folha, com base nos censos realizados nas 150 penitenciárias e nas 171 cadeias públicas e delegacias e polícia, mostra que o Estado de São Paulo precisaria construir imediatamente mais 93 penitenciárias, apenas para reduzir a superlotação atual e retirar os presos detidos em delegacias e cadeias impróprias para funcionar como presídios.

[...] o sistema prisional paulista recebeu a média diária de 121 detentos, enquanto foram libertados apenas 100. Ficaram encarcerados 21 a mais todos os dias.

Como os presídios novos têm capacidade para albergar 768 detentos, seria necessário construir mais um a cada 36 dias, ou seja 10 por ano.

Duas Secretarias administram estabelecimentos prisionais:⁷⁸ a Secretaria da Segurança Pública (SSP),⁷⁹ com 6.079 presos e a Secretaria da Administração Penitenciária (SAP), com 180.000 presos⁸⁰.

A SAP foi criada pela Lei nº 8.209/93 e foi organizada pelo Decreto nº 36.463/93. A ela ficou subordinada a Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários do Estado de São Paulo (COESP), até então vinculada à SSP.

Com o início da Gestão Mário Covas, no ano de 1995, foi estabelecida, como meta, a transferência de todos os presos para a SAP. Subordinam-se a essa Secretaria os estabelecimentos prisionais propriamente ditos: Centros de Detenção Provisória (CDP), Centros de Ressocialização (CR), penitenciárias destinadas ao cumprimento de penas nos regimes fechado e semiaberto, hospitais de custódia e tratamento psiquiátricos etc.

À SSP subordinam-se as cadeias públicas, que funcionam anexas a Unidades Policiais. Destinam-se, conforme dispõe a Lei de Execuções Penais (LEP), ao recolhimento de presos que

76 Superpopulação carcerária. Folha de São Paulo. Ilustrada.E14, 25 fev.2012

77 O autor trabalhou como médico no Carandiru e escreveu Estação Carandiru

78 Informações prestadas pela Assessoria Prisional da Secretaria de Segurança Pública, em 06 de março de 2012. Naquela data, a população carcerária do Estado de São Paulo era de 186.079 presos (180.000 na SAP e 6.079 na SSP).

79 Até março de 1991, as unidades prisionais ficaram sob responsabilidade da Secretaria da Justiça. Em seguida, a responsabilidade foi para a Segurança Pública e com ela ficou até dezembro de 1992.

80 Dados fornecidos pela Assessoria para Assuntos Prisionais, da Secretaria de Segurança Pública, por correio eletrônico datado de 06 mar.2012.

aguardam julgamento.

No Município de São Paulo, em março de 2005, entrou em execução o cronograma de inclusão automática de presos nos Centros de Detenção Provisória; desde então os Distritos Policiais da Capital (DECAP) deixaram de receber novos presos.

Em 2005, foi concluído o processo de desativação das carceragens das Delegacias de Polícia da Capital do Estado, permanecendo apenas: I) carceragens de trânsito (para o recolhimento provisório e temporário de presos, pois as inclusões nos CDPs acontecem apenas nos horários e dias de expediente e II) carceragens especiais : a) 8º DP - para ex-policiais, guardas civis municipais, parentes de policiais, informantes e assemelhados; b) 31º DP - para presos com curso superior; c) 18º DP - para prisão administrativa; d) 33º DP – também para prisão administrativa; e) 52º DP - para policiais civis (masculinos) condenados em regime semiaberto; f) 77º DP - para prisão temporária; e, g) 89º DP - para mulheres com curso superior.

Normalmente, quando é proferida a sentença condenatória,⁸¹ os presos especiais são transferidos para a SAP, na Penitenciária II de Tremembé, onde a separação é feita em função do perfil dos presos “diplomados”.

A prisão em sala de Estado-Maior: contexto fático.

As solicitações de vagas para recebimento de advogados presos, antes do trânsito em julgado da condenação, usualmente, são endereçadas ao Comando Geral da Polícia Militar (CGPM), por intermédio do Secretário da Segurança Pública. Eventualmente, dependendo da gravidade do caso e da necessidade de que o advogado seja mantido preso, o Exército é oficiado com a mesma finalidade.

Os documentos abaixo transcritos revelam a inexistência de sala de Estado-Maior na estrutura das Forças Armadas e da Polícia Militar de São Paulo, fato que se reproduz em todo o país.⁸²

A) Ofício expedido pelo Secretário da Segurança Pública de São Paulo⁸³

Ref: Of. 0038/2009-SC/02-P2.240

Processo nº 2008.61.06.012502-0

81 Às vezes antes, dependendo das condições das carceragens especiais, ou de outras recomendações.

82 Como pode ser observado nas diversas reclamações ajuizadas perante o STF.

83 Minutado pela autora desse trabalho, na condição de assessora especial do Secretário da Segurança Pública, com base em subsídios fornecidos pelo Comando Geral da Polícia Militar.

Senhor Juiz Federal,

Em resposta à solicitação veiculada no ofício em epígrafe, cumpre-me informar que inexistente, na estrutura policial militar o que se concebeu como Sala de Estado-Maior.

Sirvo-me da oportunidade, entretanto, para melhor esclarecer a Vossa Excelência as razões que justificam a insubsistência desse tipo de prisão.

É possível afirmar que a organização do Estado-Maior na Corporação deu-se efetivamente com a vinda da Primeira Missão Francesa, ocorrida entre 1904 e 1914, sendo sedimentada e fortalecida com a vinda da Segunda Missão, entre 1920 e 1924.

A Sala de Estado-Maior era o ambiente de reunião dos integrantes do Estado-Maior com o Comandante. Expressava a idéia de planejamento estratégico e tático. Portanto, era um local de trabalho. Assim, não dispunha dos requisitos de segurança para o cumprimento de sanção penal e não se confundia com prisão ou cela.

A destinação do uso da Sala de Estado-Maior ampliou-se com a finalidade primeira de cumprimento de penas disciplinares, por oficiais, que por sujeição ao regime e pela ética da caserna, não necessitariam ser trancafiados, pois a consciência da sujeição à hierarquia e à disciplina e os elevados valores morais do oficialato serviam de garantia de que não se ausentariam do local onde estariam constantemente acompanhados de oficiais superiores (do Estado-Maior) e do próprio Comandante, e que serviriam de exemplo aos demais Oficiais.

Importante ressaltar que o Regimento da Polícia Montada⁸⁴ é uma Unidade eminentemente operacional, integrante do Comando de Policiamento de Choque, não possuindo - assim como todas as demais Unidades da estrutura organizacional da Polícia Militar do Estado de São Paulo - condições necessárias à manutenção de presos.

O cumprimento de pena privativa de liberdade no referido Regimento exige a montagem de infraestrutura administrativa, exclusivamente para cuidar de demandas próprias desses presos, tais como: controle de medicação [...] vistorias constantes da sala; controle de apresentações em Juízo [...] montagem de escoltas diversas.

As visitas aos presos demandam modificação das rotinas da OPM, tendo em vista a necessidade de sala, escolta, revista de pessoas e de material, dentre outros. Ressalte-se que não é permitida visita íntima, conforme o regulamento da Corporação.

Como ocorre no ambiente do cárcere, é comum surgirem desavenças entre os presos, chegando muitas vezes às vias de fato, demandando intervenção rápida de policiais militares. Tais situações geram preocupação, uma vez que o Estado tem sido responsabilizado por eventuais danos ocorridos com os presos que se encontram sob sua tutela, não raro, em situações onde a vigilância constante era inexigível.

A manutenção de custodiados no Regimento de Polícia Montada, assim como ocorreria em qualquer dependência militar, requer reforço de guarda em período integral.

Além do efetivo normal da guarda da Unidade, para a manutenção de presos, seria necessária a manutenção de equipes em sistema de revezamento, no regime de 12 horas de serviço por 36 horas de folga, para supervisão da sala, guarda constante, acompanhamento para banho de sol, alimentação, visitas, etc.

Requer ainda reforço de no mínimo uma viatura com guarnição completa (4 Policiais Militares), para escoltas externas: apresentações em juízo; condução a médico/dentista/fisioterapia (com consultas pré-agendadas); condução para socorro de emergência a médicos (casos concretos havidos).

Outro agravante seria a manutenção de preso do sexo feminino, onde haveria a necessidade de adequação das instalações e manutenção de mais uma equipe completa. Se ampliado o número de beneficiários e a complexidade do perfil dos mesmos, o impacto seria desastroso.

O acompanhamento das atividades supra descritas demandaria excessivo tempo e impor a redirecionamento de efetivo e viaturas do policiamento normal para atender essas demandas, com enorme prejuízo do policiamento ostensivo, já onerado pelo serviço de escolta de presos, que absorve número significativo do efetivo policial.

Como já mencionado, as Organizações Policiais Militares no Estado de São Paulo não possuem prédios com Sala de Estado-Maior no seu sentido original e efetivo aquartelado, que permita, in tese, destinarem militares estaduais para a vigilância de presos. O que há, atualmente, são prédios sedes de unidades operacionais, funcionais, sem tropa aquartelada e com efetivo mínimo necessário ao suporte às atividades operacionais (telecomunicações, controle de viaturas, etc.).

A segurança física dos prédios tem sido substituída por recursos tecnológicos, tudo voltado ao melhor aproveitamento dos efetivos nas missões operacionais, o que tem sido decisivo para a melhoria do controle da criminalidade, além de minimizar custos, privilegiando o bom emprego dos recursos públicos para a atividade-fim da Instituição.

Os Oficiais da Polícia Militar presos são recolhidos ao Presídio Militar "Romão Gomes", e nos casos raros de punição disciplinar, cumprem-nas prestando serviços.

Assim, temos que, nem mesmo o cumprimento de pena disciplinar na chamada Sala de Estado-Maior, restou assegurado aos militares, porque inexistente. O Estatuto dos Militares, Lei 6.880 de 09.12.80, não prevê recolhimento de Oficiais das Forças Armadas e das Forças Estaduais (a quem originalmente foi destinado tal tipo de dependência) em Sala de Estado-Maior, mas somente em prisão especial. (...)”

B) Informação do Ministério da Defesa Exército Brasileiro - Comando Militar do Sudeste - Of. nº 395/E1/6, (cf. arquivo eletrônico de peças da Rcl MC/SP disponíveis no site STF):

“(...) a. o elemento normativo “Estado-Maior”, para o Exército Brasileiro, conforme preconiza o Regulamento Interno dos Serviços Gerais, aprovado pela Portaria nº 816, de 19 Dez 03, do Comandante do Exército, o qual prescreve tudo que se relaciona com a vida interna das Unidades Militares, estabelecendo normas relativas às atribuições, às responsabilidades e ao exercício dos cargos e das funções de seus integrantes, pode significar:

1) Órgão de Direção Geral do Comando do Exército:

⁸⁴ Complexo projetado por Ramos de Azevedo na Avenida Tiradentes tem influência de missões francesas e passa por reformas.

2) conjunto de cargos e funções exercidas por oficiais, em um total de quatro identificados como E1/S1 (pessoal), E2/S2 (inteligência e contra-inteligência), E3/S3 (instrução e operações) e E4/S4 (administração), responsáveis pelas atividades internas da Grande unidade ou Organização Militar e dos Serviços Gerais;

b. importante ressaltar em relação à expressão “Sala de Estado-Maior”, prevista no Art. 7º, inciso V, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, que não há nas organizações militares do Exército Brasileiro, uma dependência específica denominada «SALA DE ESTADO-MAIOR» e dar essa denominação a qualquer dependência no interior de um quartel apenas para cumprir o mandamento legal caracterizaria a manutenção do preso em condições impróprias, sobretudo em relação à segurança, haja vista que não há um treinamento específico dos militares para este fim, uma vez que tal função não se insere nas incumbências constitucionais das Forças Armadas, restando tal situação por demais danosa ao Exército Brasileiro, à Justiça e à sociedade[...]

Contrariando a postura que vem sendo adotada pela Procuradoria Geral da República,⁸⁵ o Ministério Público Federal do Distrito Federal-MPF/DF ajuizou Ação Civil Pública⁸⁶ para compelir o Exército, a Marinha e a Aeronáutica a manterem, em suas dependências, locais destinados a advogados presos por ordem judicial, como determina a legislação.

Para o MPF, a negativa militar gera privilégios indevidos. “Cria-se, indiscutivelmente, uma situação de iniquidade e impunidade, uma vez que, por omissão das autoridades militares, os advogados passam a constituir a única classe de profissionais a possuir direito automático à prisão domiciliar.” A ação pede, ainda, que seja fixada multa diária de R\$ 1000,00 em caso de descumprimento da decisão pelas organizações militares.⁸⁷

A análise da inicial⁸⁸ indica os fundamentos da recusa do Exército em receber advogados presos. Nos termos do Estudo nº 044/2001, do Gabinete do Comandante do

85 Que tem contestado a prerrogativa mantida aos advogados, aos quais se tem deferido prisão domiciliar, ante a notória e afirmada inexistência de sala de Estado Maior que comporte a custódia de presos pela Polícia Militar e pelas Forças Armadas.

86 Nº 0050307-26.2010.4.01.3400, em curso perante a 15ª Vara da Justiça Federal no Distrito Federal. Os autos estão conclusos para sentença desde 29.11.2011. <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00503072620104013400&secao=DF&enviar=Pesquisar>> Acesso em: 28 mar. 2012.

87 Disponível em: <[http://www.prf.mpf.gov.br/imprensa/08-11-2010-mpf-df-quer-garantir-que-forcas-armadas-recebam-advogados-presos-por-decisao-judicial/?searchterm=sala de estado maior](http://www.prf.mpf.gov.br/imprensa/08-11-2010-mpf-df-quer-garantir-que-forcas-armadas-recebam-advogados-presos-por-decisao-judicial/?searchterm=sala%20de%20estado%20maior)>. Acesso em 28 mar. 2012

88 Disponível em <<http://www.forumjuridico.org/topic/11482-acao-civil-publica-do-mpf-para-garantir-que-as-forcas-armadas-recebam-advogados-presos-por-decisao-judicial/>> Acesso em: 13 mar.2012

Exército, as dependências do Batalhão deveriam receber apenas presos militares ou civis que tivesse praticado crimes militares.

O autor⁸⁹ transcreve, ainda, importantes trechos dos esclarecimentos recebidos do Comandante do Exército, sobre a impertinência de se manter presos ou a custódia de advogados em Organizações Militares das Forças Armadas:

a. os locais de prisão ou cumprimento de punições disciplinares nos quartéis destinam-se a militares, basicamente de dois grupos: militares punidos disciplinarmente, na sua esmagadora maioria, a regra; e os presos da justiça - desertores, insubmissos e condenados pela Justiça Militar, em ínfima minoria, a exceção;

b. a conotação emprestada às punições disciplinares se mostra extremamente distante daquela de uma prisão especial. É essencial que se destaque que a punição aplicada ao preso disciplinar é de caráter educativo, consoante dispõe o Art. 23, do Regulamento Disciplinar do Exército, aprovado pelo Decreto nº 4346/2001 (...);

c. não há, nas organizações militares do Exército Brasileiro uma dependência específica determinada SALA DE ESTADO-MAIOR e dar essa denominação a qualquer dependência no interior de um quartel apenas pra cumprir um mandamento legal contido no Estatuto da OAB caracterizaria a manutenção do custodiado em condições impróprias, sobretudo em relação à segurança, bem como seria uma violação aos jovens brasileiros que, por força de Lei, estão obrigados ao Serviço Militar, haja vista que não há um treinamento específico para este fim, até porque tal função não se insere nas incumbências das Forças Armadas, restando tal situação por demais danosa ao Exército Brasileiro, à Justiça e à sociedade (...)

d. não há serviço carcerário nos quartéis das Forças Armadas. A administração dos presos e dos punidos disciplinarmente é realizada pelo pessoal de serviço da guarda do quartel, que muda a cada 24 (vinte e quatro) horas, vindo a ser inevitável o contato dos efetivos militares com os civis presos ou custodiados, com todas as desvantagens que tal fato acarretaria para Instituição e a ordem pública nacional;

e. a prisão ou custódia de criminosos (ou indiciados) em quartéis das Forças Armadas, compartilhando tais locais com presos disciplinares, ainda que em celas separadas ou mesmo em alojamentos ou celas específicas, e em contato com as guarnições de serviço agride a dignidade do cidadão brasileiro que, por força de disposição constitucional se obriga ao ser-

89 MPF/DF

viço militar.

A análise dos inúmeros casos envolvendo pedido de prisão do advogado em Sala de Estado-Maior permite-nos afirmar que a Fazenda do Estado nunca foi instada⁹⁰ a se manifestar sobre a questão, para que, por meio da Procuradoria Geral do Estado (PGE) pudesse deduzir argumentos jurídicos contrários ao procedimento adotado e até mesmo a relativização do deferimento da prisão domiciliar, quando analisados os aspectos subjetivos de cada caso. O pleito tem chegado aos tribunais por meio de HC ou Reclamação.

Por essa razão, as decisões do STF baseiam-se apenas na informação da Administração, por meio da SSP ou, diretamente, pelo Comando Geral da Polícia. A pergunta pela existência de Sala de Estado-Maior tem a única finalidade de preencher o pressuposto legal para o deferimento de prisão domiciliar. É quase protocolar.

Por solicitação do Secretário da Segurança Pública, a Procuradoria Geral do Estado tentou intervir na Reclamação nº 5512; os Embargos de Declaração não foram conhecidos.

(Rcl 5212 ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2009, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-02 PP-00375) Embargante: Estado de São Paulo.

EMENTA: RECLAMAÇÃO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ADVOGADO: PRERROGATIVA PROFISSIONAL DE RECOLHIMENTO EM SALA DE ESTADO-MAIOR OU PRISÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU VÍCIOS. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. 1. Embargos de Declaração, para além do caráter infringente, com deliberada força extrapolativa. Pretende-se, na verdade, o julgamento de matéria nova. 2. A Reclamação limitou-se a tratar do direito do Reclamante - advogado -, ainda antes de sentença transitada em julgado, de usufruir de prisão domiciliar, em razão da ausência de sala especial, nos termos do inciso V do art. 7º da Lei n. 8.906/94, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.127. 3. Não se cuidou, na Reclamação, de qualquer determinação - obrigação de fazer - do Estado de São Paulo - ou de outro órgão - de construir sala de Estado-Maior ou designar tal ou qual local apropriado substituto. 4. Também não tratou a Reclamação da possibilidade de instalação da denominada 'sala de Estado-Maior', preservando-se a mesma caracterização, em

90 Para não dizer que nunca, tem-se notícia recente de MS impetrado pela OAB/ES contra ato do Comandante Geral da Polícia Militar, onde a Procuradoria do Estado foi instada a se manifestar. Disponível em: <<http://www.oabes.org.br/noticias/554152/>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

ambiente e local destinados à Polícia Judiciária Civil. 5. Embargos não conhecidos. [...]

10. É certo que não se discutiu a questão para além da força vinculativa de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Matérias outras, conexas ou tangentes, embora de relevo, mas não circunscritas estritamente ao objeto da lide, não podem vir agora a serem abarcadas pela decisão aqui proferida.

Aliás, trata-se mesmo de situações alheias à lide, embora, sem dúvida, possam merecer apreciação administrativa, legislativa ou judicial oportunamente. [grifo nosso]

2.4 Dados empíricos - Advogados presos no Estado de São Paulo

Como salientado, na Seção 2.3, a população carcerária do Estado de São Paulo, em março de 2012, é de 186.079 presos, sendo que 180.000 estão na SAP e 6.079, na SSP.

Nesse universo, a prisão de advogados, pode parecer irrelevante, mas as condutas criminosas que lhes são imputadas sugerem outro tipo de reflexão, e de postura administrativa e judiciária, sem nunca perder de vista os ataques promovidos em maio de 2006.

Antes da sentença condenatória, os advogados são mantidos em carceragens especiais,⁹¹ juntamente com os demais "diplomados".⁹² Se condenados em primeira instância, os presos com formação universitária são removidos para a SAP, mas podem ser removidos antes disso, em razão das peculiaridades do caso e da existência de vaga.

A custódia em sala de Estado-Maior da Polícia Militar (EMPM) só é feita por determinação ou solicitação judicial, sempre a critério das Secretarias responsáveis pelo sistema prisional, geralmente, se houver reflexos na própria política de segurança.

Importante destacar que, o Judiciário não determina a prisão do advogado em sala de Estado-Maior. Geralmente, consulta a SSP ou o Comando Geral da PM, diretamente, salientando que, em caso de inexistência da referida sala, ao preso fica autorizada a prisão domiciliar⁹³.

91 Cf. apontado na Seção 2.2. deste trabalho, há uma carceragem especial masculina outra feminina.

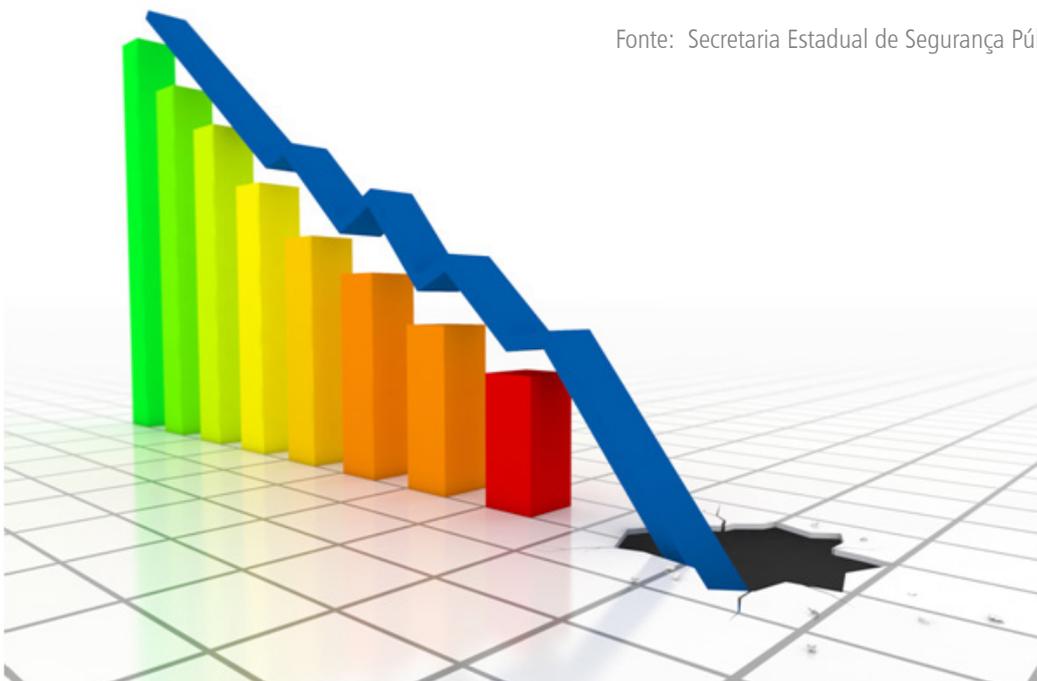
92 Nos termos do artigo 295, inciso VII, do CPP.

93 É o que se depreende da pesquisa jurisprudencial.

Advogados presos nos Distritos Policiais da Capital e Interior - Cela especial

Ano	Homens	Mulheres	Total
1990	5	1	6
1991	1	0	1
1992	2	3	5
1993	3	6	9
1994	4	4	8
1995	3	4	7
1996	3	5	8
1997	11	8	19
1998	28	10	38
1999	39	5	44
2000	36	7	43
2001	25	5	30
2002	38	0	38
2003	47	2	49
2004	35	2	37
2005	33	3	36
2006	34	9	43
2007	53	3	56
2008	38	4	42
2009	41	6	47
2010	25	12	37
2011	55	4	59
2012.mar	17	0	17
Total	576	103	679

Fonte: Secretaria Estadual de Segurança Pública - Assessoria para Assuntos Prisionais



Advogados presos em sala de Estado-Maior da Polícia Militar

Advogado	Data prisão em sala de estado-maior	Situação mar.2012
FABIANA FERNANDES FABRICIO	06JAN11	acusada de planejar libertação de detentos da Penitenciária I de Avaré, sendo colocada em liberdade em 16FEV12
MARIA ODETTE DE MORAES HADADD	06JAN11	acusada de envolvimento em atentado à bomba na sede da Rede Anhanguera de Comunicação na cidade de Campinas e de envolvimento com o crime organizado, formação de quadrilha e associação ao tráfico. Ainda presa.
ROBERTA NOGUEIRA COBRA TAFNER	06JAN11	acusada de do assassinato de seus pais. Ainda presa.
MARICILDA DE OLIVEIRA GOES SANTOS	04FEV11	acusada de envolvimento com tráfico de drogas, porte ilegal de armas, uso de documentos falsos. Ainda presa
GREICE PATRICIA MACIEL DE OLIVEIRA CASTELO RODRIGUES	03JUN11	uma das principais investigadas na operação denominada OPERAÇÃO NIVA (resultou na prisão em flagrante de 35 pessoas, na apreensão de 620 quilos de cocaína e veículos, no total de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais); e colocada em liberdade em 01JUL11
ADIMERIA RODRIGUES FIGUEIREDO	06ABR11	acusada por tráfico de drogas; colocada em liberdade em 07OUT11
FABIO MONTEIRO	06dez07	acusado de homicídio de um policial civil, foi transferido em 07AGO09, por ordem judicial, para a Penitenciária Dr. JOSE AUGUSTO CÉSAR SALGADO – Penitenciária de Tremembé/SP;
ADEMILSON ALVES DE BRITO	19MAI07	acusado de extorsão mediante sequestro e colocado em liberdade em 03JUN09, através de habeas corpus nº 97282/9 expedido pelo Juiz de Direito de Arujá; retornou em 16JUL09 e saiu em 17MAR10, do HC-STJ 101979/10
OTAVIO CÉSAR RAMOS	26DEZO	acusado por tráfico de drogas; movimentado para o 2º BPChq em data de 06JAN11
SÉRGIO WESLEY DA CUNHA	28ABR08	acusado de formação de quadrilha e de pertencer à facção criminosa; e transferido em 03JUN08 para o Penitenciária SEBASTIÃO MARTINS SILVEIRA - Araraquara/SP
JERONIMO RUIZ ANDRADE AMARAL;	28ABR08,	preso em flagrante quando levava aparelhos de telefone celular para líderes da facção criminosa, presos na Penitenciária de Presidente Venceslau/SP; transferido em 20MAI08, para a Penitenciária de Tremembé/SP
		acusado de tráfico de drogas; liberado em 07AGO08,
ARTUR EUGENIO MATHIAS	23OUT03	transferido em 25OUT03 para 13º Distrito Policial.
NEFE TALES	20ABR00	indiciado pelo artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67, c.c artigos 29 e 71, do CP e 299, c.c. artigos 29 e 71 do CP e artigo 288 do CP. Sendo vítima a Administração Pública. Colocado em liberdade em cumprimento ao alvará de soltura, em 04MAI00

Fonte: Comando Geral da Polícia Militar em mídia. Acesso em 20 mar.2012

Tabela - Presos provisórios com formação universitária - SAP

	Advogados	Outros	Total
Sem condenação	4	10	14
Com condenação/aguardando recurso	7	11	18

**Fonte: Secretaria de Administração Penitenciária. Por notes. Acesso em: 22 mar. 2012

Capítulo 3 - A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO À PRISÃO EM SALA DE ESTADO-MAIOR PELA JURISPRUDÊNCIA

3.1 Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127

A Associação dos Magistrados Brasileiros propôs a ADI 1127, que teve por objeto a declaração de inconstitucionalidade, do inciso V, do artigo 7º, da Lei Federal 8.906, de 04 de julho de 1994⁹⁴, no tocante à expressão **assim reconhecidas pela OAB**.

Artigo 7º - São direitos do advogado: [...]

V – não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas, **assim reconhecidas pela OAB**, e, na sua falta, em prisão domiciliar; [grifo nosso]

Foi requerida a concessão de liminar para suspender a cláusula que retira do Juiz atribuições que lhe são próprias, conferindo-as a uma corporação.

O Supremo Tribunal Federal ao examinar o mérito da ADI 1.127/DF⁹⁵ em 17 de maio de 2006, confirmou a decisão proferida em sede de liminar, em 06 de setembro de 1994:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL- Lei 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. DISPOSITIVOS IMPUGNADOS PELA AMB.P PREJUDICADO O PEDIDO QUANTO À EXPRESSÃO “JUIZADOS ESPECIAIS, EM RAZÃO DA SUPERVENIÊNCIA DA LEI 9.099/1995. AÇÃO DIRETA CONHECIDA EM PARTE E, NESSA PARTE, JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

[...]

V - A prisão do advogado em sala de Estado Maior é garan-

94 Dentre outros artigos do Estatuto da OAB, que contemplavam prerrogativas.

95 Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1597992> >

tia suficiente para que fique provisoriamente detido em condições compatíveis com o seu *múnus público*.

VI - A administração de estabelecimentos prisionais e congêneres constitui uma prerrogativa indelegável do Estado.

Apesar de decorridos quase doze anos entre a suspensão, em caráter liminar, e o julgamento do mérito da ADI, não foi enfrentada nessa oportunidade, a discussão sobre a inexistência de sala de Estado-Maior, que autoriza o deferimento de prisão domiciliar. Também não foi enfrentada

a questão que envolve o reconhecimento da prerrogativa, desvinculada exercício da profissão.

Foi afastada a preliminar de prejudicialidade,⁹⁶ por entenderem os Ministros que não houve revogação do dispositivo impugnado, pelo artigo 295, inciso VI. A antinomia

foi solucionada pela utilização do critério da especialidade “*lex specialis derogat generali*”, no intuito de emprestar validade à norma do Estatuto da OAB.

A declaração de inconstitucionalidade⁹⁷ foi fundamentada no reconhecimento de que a administração de estabelecimentos prisionais e congêneres constitui prerrogativa indelegável do Estado. Quando do deferimento da liminar, o Ministro Paulo Brossard entendeu que a norma retirava do Juiz atribuições que são judiciais e as confere a uma corporação que não integra o Judiciário.

Entendimento Jurisprudencial

A pesquisa junto aos Tribunais demonstra que, **antes da entrada em vigor do atual Estatuto da OAB, Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**,⁹⁸ a discussão sobre a observância da prerrogativa do advogado, de **não ser recolhido, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala especial de Estado Maior**⁹⁹ era incipiente.

A amostragem jurisprudencial da época coincide com

96 Por maioria, contra votos do Min. Joaquim Barbosa e Min. Cezar Peluso.

97 Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Eros Grau e Carlos Brito.

98 Ano em que foi deferida liminar na ADI 1127, para suspender a eficácia de alguns dispositivos.

99 Artigo 89, inciso V, da Lei 4.215 de 1963.

o inexpressivo número de advogados presos no início da década de 90, se adotarmos como parâmetro os dados relativos ao Estado de São Paulo.¹⁰⁰

Interessante o habeas corpus impetrado em 1956, Relator Ministro Edgard Costa, onde já se entendia que apenas o advogado inscrito na ordem poderia se valer da prerrogativa de ser preso em sala de Estado-Maior (DECRETO N. 22.478, DE 1933, ART. 25, N. VIII). “Ao bacharel em direito, como diplomado por Faculdade Superior, aplica-se o disposto no artigo 295 do Código de Processo Penal” (EMENT VOL-00266-02 PP-00446).

Entretanto, com a nova redação dada ao dispositivo, pelo Estatuto de 1994, que acrescentou: “com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar”, a questão ganhou vulto, especialmente após a divulgação da decisão liminar do STF, suspendendo a eficácia da expressão “assim reconhecidas pela OAB.”¹⁰¹

A discussão começou a chegar aos Tribunais em função da negativa das Forças Armadas e/ou da Polícia Militar [Força Auxiliar], de disponibilidade de sala de Estado-Maior para custódia de advogados. Buscava-se o efeito prático: a prisão domiciliar.

Desde então, além do habeas corpus, até então utilizado para fazer valer o direito de ser preso em sala de Estado-Maior, passou a ser manejada a Reclamação, fundamentada no desrespeito à decisão do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar a ADI 1.127 teria declarado constitucional a prerrogativa constante do artigo 7º, inciso V, do Estatuto.

Na Reclamação 4535/ES,¹⁰² o Ministro Sepúlveda Perence, valendo-se de conceito anterior utilizado pelo Ministro Nelson Jobim, definiu o que deveria ser considerado sala de Estado-Maior, para fins de atendimento ao disposto no inciso V, do artigo 7º do Estatuto da OAB, tornando-se referência para as futuras decisões:

“Outra ressalva necessária é quanto ao que seja ‘sala de Estado Maior’, local onde podem ser recolhidos provisoriamente não apenas os advogados (L. 8.906/94, art. 7º, V), mas também os magistrados (LC 35/79 - LOMAM -, art. 33, III(1)) e os

agentes do Ministério Público (L. 8.625/83, art. 40 (2); e LC 75/93, art. 18, II, e (3)).

Certo, há diversidade de regime: quanto aos advogados, a prisão domiciliar é uma opção subsidiária; relativamente aos agentes dos Ministérios Públicos estaduais a prisão domiciliar é uma alternativa possível ainda que existente ‘sala de Estado-Maior’; assim também quanto aos magistrados e aos agentes do Ministério Público da União, mas quanto a eles a opção é outra, qual seja, o recolhimento em ‘prisão especial’.

Em comum, isto sim, a ausência de definição do que seja sala de Estado-Maior, o que se explica, ao menos quanto aos advogados, porque a referida definição ficou a critério da Ordem dos Advogados do Brasil (L. 8.906/94, art. 7º, V), na parte do dispositivo declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal.

No Supremo Tribunal Federal, não encontrei nenhuma solução explícita da questão, senão em voto do em. Ministro Nelson Jobim no HC 81.632 (2ª T., 20.08.02, Velloso, RTJ 184/640).

Concluíra então S. Exa. que, por sala de Estado-Maior, se entende qualquer sala dentre as existentes em todas as dependências de comando das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) ou Auxiliares (Polícia Militar ou Corpo de Bombeiros), com a ressalva de que, eventualmente, pode não existir ‘uma sala específica para o cumprimento de prisão’ e, se for o caso, ‘o Comandante escolhe uma, nas dependências do pavilhão de comando, e a destina para tal fim’(4).

De fato, se por Estado-Maior se entende o grupo de oficiais que assessoram o Comandante de uma unidade militar (Exército, Marinha, Aeronáutica, Corpo de Bombeiros e Polícia Militar), ‘sala de Estado-Maior’ é o compartimento de qualquer unidade militar que, ainda que potencialmente, possa por eles ser utilizado para exercer suas funções.

A distinção que se deve fazer é que, enquanto uma ‘cela’ tem como finalidade típica o aprisionamento de alguém - e, por isso, de regra contém grades -, uma ‘sala’ apenas ocasionalmente é destinada para esse fim.

De outro lado, deve o local oferecer ‘instalações e comodidades condignas’, ou seja, condições adequadas de higiene, segurança. [grifo nosso]

A Ministra Ellen Gracie, Relatora da Reclamação 6387/SC,¹⁰³ considerando que o reclamante já se encontrava recolhido em Batalhão de Polícia Militar, entendeu pela improcedência do pedido, asseverando que a existência de

100 Cf. dados fornecidos pela Assessoria para Assuntos Prisionais da Secretaria da Segurança, Seção 3.3. deste Capítulo.

101 Salientando que, a partir de 1997, triplicou a média de advogados presos no Estado de São Paulo, cf. informações tabuladas no item 3.3., deste Capítulo.

102 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2396573>> Acesso em: 05 jan. 2012.

103 j. 7abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 mar. 2012

grades nas dependências da Sala de Estado-Maior, por si só, não impede o reconhecimento do perfeito atendimento das condições exigidas pelo Estatuto da OAB.

Na ocasião, a Relatora, fazendo remissão ao julgamento da Rcl 5.192/SP,¹⁰⁴ Rel. Min. Menezes Direito, lembrou que a Corte já havia assentado o entendimento que a existência de grades em outras dependências do Batalhão de Polícia, e não apenas no compartimento destinado ao reclamante, não é impeditiva à consideração de encontrar-se o advogado recolhido em sala de Estado-Maior.

A postura do Ministro Peluso, em relação à interpretação da prerrogativa, foi sempre restritiva e, em todas as oportunidades, inclusive no julgamento da ADI,¹⁰⁵ ressaltou seu inconformismo, sustentando em voto vencido, que a prisão do advogado deveria, assim como a do magistrado, submeter-se ao artigo 295 do Código de Processo Penal.

À falta de sala de Estado -Maior para custódia do advogado, o direito à **prisão domiciliar** passou a ser tratado como **direito público subjetivo**. Nesse sentido: Rcl 8668 MC/SP:¹⁰⁶

[...] 2. Bacharel em direito, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Lei 8906/94, artigo 7º, inciso V. Recolhimento em sala de Estado-Maior, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Direito público subjetivo, decorrente de prerrogativa profissional, que não admite negativa do Estado, sob pena de deferimento de prisão domiciliar.

O Supremo, ao decidir os pedidos de prisão domiciliar tem se preocupado apenas com a formalidade de obter expressa **negativa de existência de sala de Estado-Maior**, geralmente demonstrada com ofícios da SSP, do CGPM, ou do Exército. A insistência pode ter a preten-

104 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2521273>> Acesso em 02 mar. 2012.

105 Em especial, nos debates. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612210>>. Acesso em 02 mar. 2012.

106 Decisão monocrática proferida pelo Presidente Ministro Gilmar Mendes, j. 21/jul/2009.

são de viabilizar, em face do caso concreto, o interesse da segurança pública no excepcional acautelamento do advogado, em que pese competir ao Judiciário a avaliação sobre a necessidade da manutenção da prisão.¹⁰⁷

Outra cautela que tem sido adotada pelos ministros relatores, é oficiar à OAB para certificarem-se da **inscrição do advogado**, caso ele não faça prova com a inicial.

O preenchimento desse requisito parece bastar aos julgadores, que raramente¹⁰⁸ se atêm à **gravidade do crime praticado e dos riscos** proporcionados com o deferi-

mento **da prisão domiciliar**. Nem mesmo um caso grave de pedofilia fez com que o Ministro Ayres Britto, após a ponderação sobre os valores envolvidos, relevasse a ausência de sala de Estado-Maior.¹⁰⁹

[...]Ocorre que, no caso concreto, a nosso ver, entrarão em choque dois direitos, ou seja, o do acusado que teria direito à prisão domiciliar caso não se consiga encaminhá-lo para uma sala de Estado Maior e, o direito em tese da vítima, uma criança de apenas 8 anos de idade que, numa pequena cidade do interior do Paraná (Mangueirinha), com apenas 17 mil habitantes, enquanto permaneceu no carro aguardando a mãe que havia adentrado em um estabelecimento comercial, o réu teria se aproximado do carro e com parte do seu corpo dentro do veículo, teria passado as mãos nos 'seios' e na vagina da infante, tendo impedido-a [sic] de tentar sair do veículo, bem como a teria convidado para um dia ir na sua casa, prometendo comprar vários pirulitos para a vítima.

Além disso, quando das informações, a magistrada da comarca relatou que após a prisão do paciente foram formalizadas perante a autoridade policial outras notícias de crimes sexuais pelo paciente, sendo que até aquele determinado momento, mais 3 vítimas já

107 Artigo 311, do CPP.

108 Um desses raros casos pode ser conferido na decisão da Rel. Min. Rosa Weber, HC 111870/SP, j. 12. Mar. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4187475>>. Acesso em 22 mar. 2012.

109 Rcl 11252 MC/PR. Rclte. OAB/seção do Paraná. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4026732>>. Acesso em 05mar. 2012. Autos conclusos desde 01set. 2011; v. ainda Rcl 11016, Rel. Carmen Lúcia. Disponível <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4002425>>. Acesso em 0 mar. 2012.

tinham prestado seus depoimentos.

Concluiu a magistrada afirmando que a prisão domiciliar seria incabível e desaconselhada no caso, pois as vítimas são familiares do paciente e menores de idade, sendo que a prisão do paciente acarretou grande repercussão no município e a sociedade clama por justiça.

Por tais razões, observamos que, em tese, o paciente apresenta traços típicos de pedofilia, de sorte que a sua prisão em caráter domiciliar poderia colocar em risco tanto a ordem pública, visto que poderia abordar vítimas indistintamente, assim como a conveniência da instrução criminal, com séria possibilidade de tentativa de fazer com que, por diversas maneiras, as pequenas vítimas se sintam ameaçadas ou, no mínimo, constrangidas.”

[...]6. No caso, tenho por presentes os requisitos necessários à concessão parcial da liminar. [...] 7. Assim, estando o acusado recolhido, cautelarmente, em presídio comum, ainda que em “cela individual que dispõe de chuveiro e cama”,

parece-me ocorrer, de fato, desrespeito ao acórdão deste Supremo Tribunal Federal na ADI 1.127. Sucede que as razões expostas pelo reclamado para contraindicar a prisão domiciliar do paciente/acusado também me parecem bastante sólidas, de modo que não podem ser ignoradas, principalmente tendo em vista a gravidade dos fatos imputados ao paciente. Como, então, solucionar o dilema? Negar ao advogado Jocelau Souza de Almeida, em razão das peculiaridades do caso concreto, o pedido de prisão domiciliar, mas lhe garantir o direito de ser recolhido em sala de Estado-Maior, indicada esta pelo Secretário de Segurança Pública do Estado do Paraná”. [grifo nosso]

Sem avaliar o preenchimento dos requisitos para o deferimento da prisão domiciliar,¹¹⁰ o relator, usualmente, defere a liminar, restituindo ao Juiz de Primeira Instância o poder de reverter o benefício, se descumpridas as condi-

110 Artigo 1º, da Lei nº 5.256, de 06 de abril de 1967: Nas localidades em que não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que tenham direito a prisão especial, o juiz, considerando a gravidade e as circunstâncias do crime, ouvido o representante do Ministério Público, poderá autorizar a prisão do réu ou indiciado na própria residência, de onde o mesmo não poderá afastar-se sem prévio consentimento judicial. [...] Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5256.htm> Acesso em 05 jan. 2012.

ções,¹¹¹ bem como impor a vigilância policial na residência, nos termos do § 3º, da referida Lei, como ocorreu no julgamento da Reclamação nº 15.515/SP¹¹²:

Sendo assim, e em face das razões expostas, defiro o pedido de medida cautelar, em ordem a assegurar, até final julgamento da presente reclamação, e desde que ainda não transitada em julgado eventual condenação penal, o recolhimento, a prisão domiciliar, do Advogado Massao Ribeiro Matuda (Lei nº 8.906/94, art. 7º, V, “in fine”), considerada a inexistência – atestada pelo Senhor Secretário Adjunto de Segurança Pública do Estado de São Paulo – de “sala de Estado-Maior”, nas unidades da Polícia Militar paulista. (grifei)

Destaco, por necessário, que caberá, ao Juízo da 5ª Vara Federal Criminal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo/Capital (Ação Penal nº 0011672-18.2010.4.03.6181), determinar as normas de vigilância e de conduta de Massao Ribeiro Matuda, ficando igualmente autorizado a fazer cessar referido recolhimento domiciliar, se e quando se registrar eventual abuso por parte do Advogado em questão.

O impacto da subtração de viatura do policiamento ostensivo, para manutenção de vigilância policial no domicílio, bem como as limitações à fiscalização do cumprimento das condições eventualmente impostas, por falta de controle de visitas e uso de telefone e/ou internet, também não foram objeto de reflexão nas decisões existentes.

Constata-se que, em primeira instância, há maior sensibilidade e cuidado no trato da questão, talvez pela peculiaridade de estar a autoridade próxima ao local dos fatos e ter conhecimento da repercussão da liberação do preso:

Ementa

“[...] Não obstante, desmerece vingar a súplica, sob a ótica dos invocados argumentos. Nesse sentido as considerações judiciosamente expostas no pronunciamento ministerial, da lavra do ilustre e culto Dr. Álvaro Busana, a compor o presen-

111 Advogada, que passou a ameaçar a vítima teve sua prisão domiciliar revogada. Rcl 11543 MC / PR. Relator Luiz Fux. Julgamento: 28/06/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4066624>> Acesso em: 05 fev. 2012.

112 Relator Min. Celso de Melo.

te julgamento e, sem necessidade de outros acréscimos, vale transcrevê-lo no essencial: “O confinamento em prisão especial se destina a separar dos presos comuns certos grupos de indivíduos que exercem especiais funções, evitando contato supostamente perigoso ou prejudicial. Não assegura, portanto, este ou aquele lugar mas acomodações em circunstâncias específicas consoante a melhor interpretação dos dispositivos legais que o estabelecem, inclusive do artigo 7º, inciso V, do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. É, portanto, irrelevante a custódia do causídico em Delegacia de Polícia, numa cela do quartel da ‘Polícia Militar’ ou em qualquer outro estabelecimento prisional se as condições de segurança exigidas forem satisfeitas conforme, aliás, orientação dominante nessa Augusta Corte. (TJ/SP 26.ago.1998 - Rel. Sebastião Carlos Gonçalves Nogueira).

São poucas as decisões dos Tribunais Estaduais que autorizam a prisão domiciliar. Excepcionalmente, em função da gravidade da conduta imputada ao advogado, que não raro envolve a gestão da própria política de segurança,¹¹³ o Comando da Polícia Militar tem adaptado uma sala no quartel para evitar a liberação daquele. É o que faria a PMESP, no caso do advogado Mizael Bispo, que é acusado de matar a também advogada Mércia Nakashima.¹¹⁴

Tem-se conhecimento do teor dessas decisões, não só pela consulta à jurisprudência dos Tribunais Estaduais¹¹⁵, como também, pela jurisprudência do Supremo. O advogado que sustenta a prerrogativa em primeira instância, em caso de indeferimento, recorre sempre ao STF pleiteando a prisão domiciliar.

A decisão da relatora Carmen Lúcia, deferindo liminar na Reclamação nº 11016/SP [mesmo após decisão contrária em caso análogo, no qual salientou a perspectiva de mudança de orientação no STF], demonstra o afirmado.

O Juízo da Comarca de Limeira, devido à gravidade dos fatos,¹¹⁶ indeferiu o pedido de prisão domiciliar, determinando que na falta de cela especial a averiguada deveria ser removida para presídio com acomodações adequadas. Ela foi transferida para a Penitenciária Feminina de Sant’ana e colocada em cela individual.

113 Como, por exemplo, no caso advogado acusado de integrar o crime organizado.

114 Disponível em: <<http://noticias.r7.com/sao-paulo/noticias/defesa-de-mizael-bispo-desiste-do-pedido-de-sala-especial-20120229.html>> Acesso em 20 mar.2012.

115 Abaixo colacionada.

116 Advogada integrante de facção criminosa acusada da prática de tráfico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4002425>>. Acesso em 02 fev. 2012.

Ao deferir a liminar, limitou-se a relatora à verificação de dois pressupostos: a declaração da PM afirmando a inexistência de sala para recolhimento de presos, e a inscrição na OAB. A gravidade da imputação não mereceu qualquer referência:

Na espécie vertente, a Reclamante está recolhida em cela de estabelecimento prisional comum. Assim, ainda que dotada de condições dignas, como, aliás, seria desejável fossem todas as celas, é certo não ser sala com as características e finalidades determinadas pela legislação vigente e acentuadas pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal.

Merece referência, ainda, a decisão de primeira instância que deu ensejo à Reclamação 4.535/ES:¹¹⁷

DECISÃO: O Reclamante - Advogado - foi preso preventivamente em processo no qual é acusado de praticar os delitos de estelionato, falsidade ideológica e uso de documento falso. Recolhido em cela da Polícia Federal, requereu ao Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Vitória/ES, com fundamento no art. 7º, V, do Estatuto dos Advogados, a sua transferência para sala de Estado Maior e, na falta desta, a concessão de prisão domiciliar (f. 17/21).

O pedido foi indeferido nestes termos, verbis (f. 33/34):

“Em que pese a r. decisão monocrática trazida à baila pela defesa do réu BELINE, resta sedimentado na jurisprudência amplamente majoritária que a prerrogativa de cela especial, e mesmo de ‘sala de estado-maior’, é atendida quando, não havendo uma custódia com tal qualificação expressa, recolhe-se o preso em cela diferenciada dos demais presos, que não possuem tal prerrogativa, sempre com as mínimas condições de higiene e segurança (como se ‘prisão comum’ não tivesse que ostentar tais condições).

(...)À fl. 263 é informado que não há ‘salas de Estado-Maior’ nesta região metropolitana de Vitória/ES.

Ante a realidade brasileira, é consabido que o texto da Lei nº. 8.906/94, quando se refere a ‘salas de Estado-Maior’, não passa de, data venia, engodo demagógico materialmente inexequível.

Aliás, o que vem a ser ‘sala de Estado-Maior’? Seria qualquer cela mantida pelas Forças Armadas ou pela polícia militar para custodiar presos de alto posto em sua hierarquia? Tanto se trata de

117 No julgamento do mérito dessa Reclamação firmou-se a primeira concepção do que deveria ser entendido por sala de Estado-Maior. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 03 ago 2006

conceito indeterminado que a própria Lei nº. 8.906/94 resolvia o assunto delegando essa conceituação à Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, o que, conforme bem lembrado pelo Requerente, foi julgado inconstitucional pelo Eg. STF nos autos da ação direta de inconstitucionalidade. Ora, assim sendo, quem terá agora a competência para qualificar uma cela como “sala de Estado-Maior”? A exigência de que advogados sejam recolhidos às tais “salas de Estado Maior”, e a não submissão dos mesmos aos ditames do art. 295 do CPP tem por consequência a impossibilidade de aplicação de prisão provisória aos mesmos, constituindo-se em diferenciação odiosa, não permitida pela Carta Magna. Isto posto, INDEFIRO os requerimentos (...)”

A pesquisa da jurisprudência de alguns Estados demonstra que a demanda judicial é incipiente, talvez, em função do reduzido número de advogados inscritos na OAB. Outra probabilidade é de acomodação da situação pelos Comandos Militares Estaduais.

O número de reclamações e habeas corpus são, na maioria, de advogados presos no Estado de São Paulo. Há demanda, ainda que menos expressiva, nos seguintes Estados: Rio de Janeiro, Espírito

Santo, Minas Gerais, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Distrito Federal, Goiás, Mato Grosso.

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar habeas corpus impetrado com base no mesmo fundamento, geralmente sequer conhece o *mandamus*, para não caracterizar supressão de instância, decorrente da não apreciação do mérito do ato impugnado pelo Tribunal de origem. Quando aprecia o mérito, seu entendimento não diverge do STF, sendo frequente a concessão do direito à prisão domiciliar, na falta de sala de Estado-Maior:

Ementa: HABEAS CORPUS. ROUBO AGRAVADO. PRISÃO PREVENTIVA. ADVOGADO. DIREITO AO RECOLHIMENTO EM SALA DO ESTADO-MAIOR. LIMINAR INDEFERIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA NESTE SUPERIOR TRIBUNAL. REMÉDIO CONSTITUCIONAL JULGADO PREJUDICADO NA INSTÂNCIA ORIGINÁRIA. QUESTÃO MERITÓRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. I. Tendo o Tribunal impetrado deixado de analisar e

pronunciar-se definitivamente acerca da prerrogativa de o paciente[...].2. Habeas corpus não conhecido.3. Ordem concedida de ofício para assegurar ao paciente o direito de ser recolhido em sala de Estado-Maior até o trânsito em julgado de eventual condenação. HC/SC 105.863/SC, publ. 16/mar/2009, Relator Ministro Jorge Mussi.

Perspectivas de alteração da jurisprudência

Em que pese a aparente pacificação a respeito da declaração de constitucionalidade da prerrogativa assegurada aos advogados, de serem presos até o trânsito em julgado, em sala de Estado-Maior, algumas decisões têm apresentado outro enfoque.

O Ministro Ricardo Lewandowski, ao analisar o pedido de liminar na Reclamação 8.797 MC/DF,¹¹⁸ em 14/08/2009, alterou o entendimento externado em decisões anteriores, reconhecendo que a prisão especial, nos termos do CPP, já era suficiente.

Nesse caso, o advogado, preso em flagrante por tráfico de drogas,

contestava a denegação da ordem em habeas corpus impetrado perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, onde requeria sua transferência para sala de Estado-Maior ou, caso não houvesse tal instalação, que fosse colocado em prisão domiciliar.

O Ministro indeferiu a liminar por falta de plausibilidade jurídica do pedido e perigo da demora em seu cumprimento, afirmando que “a prisão domiciliar somente pode ser concedida após o exaurimento da busca por instalações cômodas e condignas. Conforto e condignidade, no entanto, são juízos subjetivos que não podem se distanciar da realidade dos sistemas de custódia existentes”.

O ministro julgou suficiente a prisão do advogado em cela especial, no Centro de Internação e Reeducação, separado dos presos comuns.

No julgamento conjunto das Reclamações nº 8853

¹¹⁸ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=12875>>. Foi homologada a desistência do reclamante em 3 mar. 2010.

e 5826, que está suspenso¹¹⁹ desde setembro de 2010, em função de pedido de vista do Ministro Dias Toffoli, o Ministro Lewandowski voltou a questionar a interpretação que tem sido dada ao dispositivo, que tem resultado em inúmeros deferimentos de prisão domiciliar.

Destaque-se a evolução do posicionamento do Ministro Lewandowski, que ingressou no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo pelo Quinto Constitucional,¹²⁰ representando a advocacia, passou depois ao Tribunal de Justiça, antes de sua indicação para o Supremo Tribunal Federal. No julgamento da ADI 1.27, fez vigorosa sustentação em prol da prerrogativa:¹²¹

[...] Reconheça-se a envergadura, como órgão de classe, como autarquia corporativa, da ordem dos advogados do Brasil e tenha-se presente, de início, a inviolabilidade consagrada pelo texto constitucional como regra. Ora, tudo recomenda que o ato extremo revelador da prisão antes do trânsito em julgado do título executivo se faça de forma acutelada, respeitando-se os parâmetros próprios do dever do Estado de manter a integridade física e moral do preso, ainda que condenado em definitivo. Os abusos notados no dia-a-dia da atividade policial, as precárias situações de delegacias, penitenciárias e demais dependências públicas, direcionam ao crivo da OAB, cabendo perceber que a cláusula “assim reconhecidas pela OAB” está ligada a instalações e comodidades que a norma quer condignas e que são inerentes a uma sala realmente passível de ser enquadrada como Estado maior. Julgo improcedente o pedido.

Apesar de proferir voto vencido em relação ao disposto no inciso IV do artigo 7º, do Estatuto,¹²² os fundamentos por ele invocados são relevantes à interpretação do inciso V, do mesmo artigo, mas estiveram ausentes da discussão:

[...] Quanto ao inciso IV do artigo 7º - presença de repre-

119 Após o voto da Ministra Carmen Lúcia, pela procedência da ação, com base na jurisprudência até então prevalectante quanto à prerrogativa constante do Estatuto da OAB, acompanhada pelo Ministro Ayres Britto, votaram pela improcedência o Ministro Ricardo Lewandowski e da Ministra Ellen Gracie e o Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos.

120 CF, “Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios serão compostos de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

121 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612210>> Acesso em 05 jan. 2012.

122 Assim como vencidos foram os votos dos Ministros Eros Grau e Ayres Britto, também advogados de carreira.

sentante da Ordem quando preso em flagrante advogado por motivo ligado ao exercício da advocacia, **mais uma vez** temos a homenagem à inviolabilidade da atuação profissional.

Vejam que o preceito diz respeito apenas àqueles casos concretos em que **a prisão em flagrante decorre de um ato praticado, realmente, a latere da ordem jurídica, no exercício da advocacia.** Para a lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade nas demais hipóteses, há comunicação expressa à seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. É certo que **precisaríamos ter campo para uma interpretação dos casos concretos.** Eu caminhará no sentido de tirar a cominação.

Senhor Presidente, porque o dispositivo relaciona-se de qualquer forma, com o ato praticado no exercício da advocacia, com a prisão em flagrante em decorrência de tal procedimento, neste exame preliminar, defiro a liminar apenas quanto à expressão “sob pena de nulidade. [grifo nosso]

O **Ministro Carlos Velloso**, relator do Habeas Corpus nº 81.632-1/SP, foi voto vencido no julgamento do mandamus que concedeu a ordem.¹²³ Por essa razão, revelam-se pertinentes os debates ocorridos:

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO (Relator): - Isso é privilégio, de uma época antiga, digamos assim, porque quem dispunha do diploma de curso superior era um semideus, e tenho isso, a prisão especial, como inconstitucional. Quem tem compreensão da conduta delituosa é o que tem curso superior, especialmente o curso de Direito. A prisão especial é contrária aos princípios republicanos; é antiquada. Não coloquei essa questão, mas essas questões devem nos orientar na interpretação da lei.

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Ministro Carlos Velloso, quem é favorável à prisão especial? Eu não sou, apenas estou defendendo o que existe.

Estranhando que a questão não tivesse sido enfrentada, concluiu o Ministro Velloso que estava na hora de levá-la para o Plenário, pois, verificadas as condições dos internados em penitenciárias, as do paciente daquele HC eram privilegiadas.

Causa expectativa, também, o procedimento adotado

123 Decisão: A Turma, por votação majoritária, deferiu o pedido de habeas corpus e determinou seja, o paciente, recolhido preso em regime de prisão domiciliar (Lei nº 8.906/94, art. 7º, V, in fine), vencido o Ministro-Relator, que o indeferia. Redigirá o acórdão o Ministro Maurício Corrêa. 2ª Turma, 20.08.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1991354>>. Acesso em: 05 fev. 2012.

pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Espírito Santo. Recentemente, o Consultor Jurídico¹²⁴ divulgou a informação de que a instituição impetrou Mandado de Segurança [nº1001200000748] contra ato do Comandante da Polícia Militar, pela prisão de advogados em local considerado inapropriado pela instituição. Requereu fossem os mesmos transferidos para locais que se encaixem no conceito de Sala de Estado-Maior, ou, na sua ausência, colocados em prisão domiciliar.

A consulta à decisão proferida em sede de liminar, no site do TJES, revela que, após informação da autoridade impetrada, de que o Quartel do Comando Geral da Polícia Militar não possui Sala de Estado Maior, foi parcialmente concedida a ordem pelo Tribunal de Justiça, entendendo o Desembargador Adalberto Dias Tristão, ser mais prudente, na oportunidade, uma interpretação sistemática, conciliando as duas normas, mesmo ciente de que o STF já decidiu que a Lei 10.258/2001 não revogou o art. 7º do Estatuto da Advocacia:

Advogados e Magistrados já ficaram recolhidos em espaços compatíveis que não foram considerados inadequados.

É de se aplicar aqui o princípio da razoabilidade.

Desta forma, entendo que deve ser concedida parcialmente a ordem para determinar ao Comandante da Polícia Militar do Espírito Santo que providencie sala ou local similar que mais se aproxime do conceito de Sala de Estado Maior, previsto na Constituição....”

Foi sinalizada a probabilidade de mudanças no entendimento jurisprudencial, após o julgamento conjunto das Reclamações 8853 e 5826 pelo Pleno.

Em 19 de agosto de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento conjunto¹²⁵ do mérito das referidas reclamações. Após o voto da Ministra Carmen Lúcia, pela procedência da ação, com base na jurisprudência até então prevalecente quanto à prerrogativa constante do Estatuto da OAB, acom-

panhada pelo Ministro Ayres Britto, votaram pela improcedência os Ministros Ricardo Lewandowski e Ellen Gracie e o Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos.

Devido à demora do julgamento pelo Pleno, o reclamante ajuizou a Reclamação 5826/PR, pediu fosse concedida liminar para que aguardasse em prisão domiciliar o trânsito em julgado da sentença. A Ministra Carmen Lúcia indeferiu o pedido em 30 de maio de 2011, permanecendo o réu preso, até então.¹²⁶

“RECLAMAÇÃO. ADVOGADO. PRERROGATIVA PROFISSIONAL DE DEFERIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR ONDE NÃO EXISTA SALA DE ESTADO MAIOR. PEDIDO DE DEFERIMENTO DE LIMINAR PARA QUE O RECLAMANTE AGUARDE EM PRISÃO DOMICILIAR ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. JULGAMENTO DA PRESENTE AÇÃO INICIADO E INTERROMPIDO POR PEDIDO DE VISTA. CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR AFASTADA NESTA SESSÃO. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA REFERENTE ÀS CARACTERÍSTICAS DA SALA DE ESTADO MAIOR. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO QUE NÃO MAIS SE EVIDENCIA. PEDIDO INDEFERIDO.”[grifo nosso].

O conteúdo dos debates revela a necessidade de que, com a maior urgência possível, se reinterprete o dispositivo que assegura aos advogados presos antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, prisão em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas e, na sua falta, em prisão domiciliar. O pedido de vista do Ministro Dias Toffoli, foi deferido pelo Presidente Cezar Peluso, que propugnou pela necessidade de interpretação teleológica da norma.

Na ausência de transcrição dos debates, torna-se relevante o teor das informações constantes do site da TV Justiça:¹²⁷

O ministro Carlos Ayres Britto, por sua vez, concedeu

126 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2593159>> Acesso em: 16 mar. 2012.

127 Disponível em: http://tv-justica.blogspot.com/2010_08_15_archive.html. Acesso em 16 mar.2012.

124 Disponível em: <<http://www.oabes.org.br/noticias/554152/>> Acesso em 20 mar. 2012.

125 Disponível em: http://tv-justica.blogspot.com/2010_08_15_archive.html. Acesso em 18 mar.2012.

os pedidos, mas determinou que os advogados devem ser transferidos para sala em instituição castrense. Ele concordou com outros ministros que, semanticamente, não existem mais salas de Estado-Maior.

Mas, segundo Ayres Britto, qualquer sala sem grades e travas, e que ofereça condições condignas e esteja localizada em unidade castrense cumpre o desígnio protetor da lei. **“O que quis a lei foi proteger os advogados de trancafiamento em unidades do poder civil. Não se pode entregar os advogados a delegacias, a instituições civis”, afirmou, porque em unidades civis os advogados estariam expostos a retaliações de pessoas eventualmente contrariadas em virtude da atuação desses profissionais. (grifo nosso)**

A ministra Ellen Gracie foi a primeira a expor a tese de que a decisão do Supremo na ação direta de inconstitucionalidade não pode ser interpretada no sentido de que uma sala de Estado-Maior deve, necessariamente, estar localizada dentro de um quartel. “Eu não acredito que quando julgamos a ação direta de inconstitucionalidade tenhamos feito essa confusão entre conteúdo e continente”, disse.

Para ela, “o ponto decisivo de distinção está na diferenciação entre o que é cela fechada por barras e trancas e aquilo que não corresponde a uma cela, mas sim a uma sala onde, eventualmente, possam desenvolver as suas atividades oficiais de Estado-Maior”. No caso, são salas dotadas de comodidade, como boa ventilação e acesso à instalação sanitária, ou seja, um local que garanta a dignidade pessoal do advogado preso.

O ministro Ricardo Lewandowski classificou como “anacrônica” a expressão “Estado-Maior” e disse ter dúvidas sobre a existência efetiva desse tipo de local no Brasil. “Temos de verificar se as instalações são condignas. Por isso, tenho examinado, nos casos concretos, se essas instalações onde os advogados estão presos cautelarmente têm ou não instalações condignas”, disse, acrescentando que isso só pode ser feito nos casos concretos.

“Estou inclinado a pensar que não é possível, em sede de reclamação, tendo como paradigma esta ADI, examinar

se a sala é ou não adequada àquilo o que estabelece o artigo 7º, inciso V, do Estatuto dos Advogados”, acrescentou Lewandowski.

Antes de pedir vista, o ministro Dias Toffoli disse que

“Estou inclinado a pensar que não é possível, em sede de reclamação, tendo como paradigma esta ADI, examinar se a sala é ou não adequada àquilo o que estabelece o artigo 7º, inciso V, do Estatuto dos Advogados”, acrescentou

Lewandowski

já arquivou reclamações similares com o fundamento da impossibilidade de examinar, por meio desse instrumento processual, as condições em que o advogado está recolhido. Por outro lado,

ele observou que a ministra Cármen Lúcia expôs informações relativas às condições em que os dois advogados se encontravam presos (atualmente, somente um ainda está detido).

Também o Ministro Fux, Relator de recentes reclamações ajuizadas por advogados presos, ao proferir seu voto, tem externado discordância do entendimento até então prevalente.¹²⁸

É bem verdade que a jurisprudência desta Corte já se pronunciou sobre as características da **sala de Estado Maior** para fins de prisão provisória de advogado (Rcl 4535, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 07.05.2007). Contudo, isso não exclui a possibilidade de acomodação do acusado em cárcere separado dos demais presos, quando não se afigurar recomendável a prisão domiciliar e não existir **sala de Estado-Maior na localidade. Ademais, iniciado o julgamento da Rcl 5826 (Rel. Min. Cármen Lúcia), de conclusão ainda pendente, consignou-se, na assentada do dia 19/08/2010, a possibilidade de revisão do entendimento da Corte a respeito do tema, o que ocasionou, por implausibilidade do direito invocado, o indeferimento da medida liminar naquele feito (Pet 27.694/2011, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.06.2011) [grifo nosso]**

Ainda assim, alguns ministros, continuam a deferir liminares¹²⁹ em sede de reclamação ou habeas corpus, com base no reconhecimento do direito subjetivo à prisão domiciliar, à falta de sala de Estado-Maior, enquanto não transitar em julgado eventual sentença penal condenatória.

128 Rcl 11543 MC/PR, J. 28 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4058323>> Acesso em: 05 fev. 2012; Também: Rcl 11668/SP e Rcl 11647/DF.

129 V.g. Rcl 11.515 MC/SP Min. Celso de Melo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4054686>> acesso em: 24 mar. 2012.

Capítulo 4

A PRISÃO EM SALA DE ESTADO-MAIOR PARA ADVOGADOS

Privilégio ou prerrogativa?

As prerrogativas profissionais dos advogados, nas palavras Alberto Zacharias Toron e Alexandra Lebelson Szafir¹³⁰ "conceituam-se como o conjunto de direitos e garantias que lhes é especificamente dirigido para o livre exercício da profissão".

Profissão esta prestigiada pelo legislador constituinte nos seguintes termos: "Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei."

O Ministro Celso de Mello, ao prefaciá-lo livro Prerrogativas Profissionais do Advogado¹³¹, é categórico ao afirmar que:

Ninguém ignora - mas é sempre importante renovar tal proclamação - que cabe, ao Advogado, na prática de seu ofício, a prerrogativa (que lhe é dada por força e autoridade da Constituição e das leis da República), de velar pela intangibilidade dos direitos daquele que o constituiu como patrono de sua defesa técnica, competindo-lhe, por isso mesmo, para o fiel desempenho do "múnus" de que se acha incumbido, o pleno exercício dos meios destinados à realização de seu legítimo mandato profissional.

No julgamento do HC 88.702/SP, o referido Ministro é enfático na fundamentação de seu voto,¹³² como relator:

Não se pode perder de perspectiva, quando examinada a questão pertinente às prerrogativas profissionais dos Advogados, um aspecto que assume relevo indiscutível. Há que reconhecer, na abordagem desse tema a íntima conexão que existe entre as prerrogativas profissionais dos Advogados, de um lado, e a declaração constitucional de direitos e garantias dos cidadãos, de outro.

É que as prerrogativas profissionais dos Advogados não existem em função de si mesmas. Elas traduzem, na realidade, emanações da própria Constituição da República, pois, ainda que definidas no Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94),

130 In Prerrogativas Profissionais do Advogado. 3ª edição. São Paulo: Editoras Atlas, 2010, p.4.

131 Escrito por Alberto Zacharias Toron e Alexandra Lebelson Szafir. 3ª edição. São Paulo: Editoras Atlas, 2010, p.x.

132 V. também MS 30906 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello

foram concebidas com o só propósito de viabilizar a defesa da integridade das liberdades públicas dos cidadãos tais como proclamadas em nosso ordenamento constitucional.

Essa percepção - é preciso enfatizar - já havia sido revelada pelo eminente LEVI CARNEIRO, que foi o primeiro Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (1933), em passagem na qual bem sintetizou o alto significado da atuação do advogado:

'Tenho Sempre afirmado que nosso dever de advogados, de juristas, de homens voltados ao culto da ordem jurídica - é, menos a defesa de interesses eventuais de certo número de indivíduos que os da própria coletividade nacional.'"

Os direitos conferidos aos advogados guardam nexos com sua condição especial de agente público, não de pessoas físicas, comuns; visam assegurar o pleno exercício profissional, de modo a garantir seja atendido o interesse público na realização da justiça.¹³³

Uma vez identificada a *ratio legis*, como salientou o Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso,¹³⁴ é necessário que se discuta se ela está sendo observada.

Com essa finalidade, é oportuna a análise dos crimes imputados aos advogados que ficaram presos em sala de Estado-Maior da PMESP, com base nos dados colacionados na Seção 2.4. deste trabalho,¹³⁵ e da própria jurisprudência, que sugerem o questionar-se: a) quem se está protegendo? b) com qual finalidade?

Wálter Maierovitch, no artigo Criminalidade organizada e crime dos poderosos no Brasil,¹³⁶ ao comentar sobre o procedimento adotado por facção criminosa que atua nos presídios de São Paulo, salienta que, "além disso, o movimento dá assistência aos familiares dos presos e assistência judiciária a seus membros."

Merece destaque a notícia do Estadão¹³⁷ - MP fecha 'setor jurídico' do PCC:

133 RAMOS, Gisela Gondim. Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada, 4ª ed. Florianópolis: 2003. OAB/SC, p. 134, apud Alberto Zacharias Toron e Alexandra Lebelson Szafir. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 4.

134 Antes de suspender a sessão de julgamento das Reclamações Rcl 5826 e Rcl 8853 Disponível em: http://tv-justica.blogspot.com/2010_08_15_archive.html. Acesso em 16 mar. 2012.

135 Dados recebidos do Comando Geral da Polícia Militar em mídia. Acesso em 20 mar.2012.

136 MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello, DINO, Alessandra. São Paulo: UNESP, 2010, p. 231.

137 TAVARES, Bruno. MP fecha 'setor jurídico do PCC. In Estadão. C2, 26.07.2008. Também disponível <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/mp-fecha-setor-juridico-pcc/>>. Acesso em 12 fev. 2012.

A Operação Prima Donna foi desencadeada após quase seis meses de investigações dos núcleos regionais do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado (Gaeco) em São Paulo, São José dos Campos e Presidente Prudente. Em janeiro, promotores do Vale do Paraíba tiveram acesso a um comunicado - o chamado "salve" - em que a liderança dava as diretrizes para uma ampla reestruturação da facção. O objetivo era aprimorar o recrutamento de pessoas, que havia sido descentralizado com a ida de Marco Camacho, o Marcola, líder máximo da organização, para o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Um dos pilares dessa reformulação era o fortalecimento do 'departamento jurídico'.

Ainda que se trate de ficção, a plausibilidade dos fatos narrados no Filme *Salve Geral, o dia em que São Paulo parou*¹³⁸ merece reflexão, pois uma advogada, para proteger o filho, se envolve com a atividade criminosa da facção.

Toron,¹³⁹ ao conceituar prerrogativa e indicar sua natureza jurídica e finalidade, afirma que "num Estado Constitucional e Democrático as prerrogativas desempenham uma importante missão no que diz com o escoreito desempenho das atividades funcionais" a exemplo das "garantias deferidas aos magistrados, conhecidas como predicamentos da magistratura ou mesmo as prerrogativas parlamentares, consubstanciadas nas imunidades parlamentares.[grifo nosso]

Não há reparos na afirmação do jurista, merecendo destaque o "escoreito desempenho das atividades funcionais", no caso da advocacia,¹⁴⁰

Esse entendimento foi recentemente ratificado pelo STF, no julgamento do RE 546.609/DF, interposto por desembargador aposentado, que pretendia o reconhecimento do direito ao foro por prerrogativa de função após a aposentadoria. O Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, afirmou que:

[...]prerrogativa não deve ser confundida com privilégio. O foro por prerrogativa de função dos magistrados existe para assegurar o exercício

138 Com a atriz Andréa Beltrão.

139 TORON, Alberto Zacharias, SZAFIR, Alexandra Lebelson . Prerrogativas Profissionais do Advogado. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p.4.

140 A prerrogativa não se presta a tornar emprestar vantagens à atividade criminosa.

da jurisdição com independência e imparcialidade, constituindo, assim como ocorre com a imunidade dos parlamentares, antes, uma garantia do cidadão, e só de forma reflexa uma proteção daqueles que, temporariamente, ocupam certos cargos no Judiciário ou Legislativo. Não con-

figura, à evidência, prebenda¹⁴¹ assegurada aos membros da magistratura ou integrantes de qualquer corporação.

Entretanto, sem maiores digressões ou fundamentação, Paulo Lôbo¹⁴², que foi Presidente e relator da Comissão e participou da elaboração do Anteprojeto do atual Estatuto e o Regulamento Geral, afirma:

Em todas as hipóteses em que o advogado deva ser legalmente preso, pelo cometimento de crimes comuns, inclusive os não relacionados com o exercício da profissão, e enquanto não houver decisão transitada em julgado, cabe-lhe o direito a ser recolhido à sala de Estado-Maior. Por esta deve ser entendida toda sala utilizada para ocupação ou detenção dos oficiais integrantes do quartel militar respectivo. [grifo nosso]

Salientou, entretanto, que:

Durante as discussões havidas no CFOAB, quando da aprovação do anteprojeto do Estatuto, propôs-se a substituição de sala de Estado-Maior por sala especial, em simetria com os demais profissionais universitários. Prevaleceu, no entanto, a continuidade dessa prerrogativa, após os depoimentos dos advogados que se expuseram aos arbítrios dos regimes autocráticos, por força de sua atuação profissional em defesa de dissidentes políticos. A exigência de sala de Estado Maior minorou o sofrimento desses profissionais.

Deferir ao advogado o direito de ser preso em sala de Estado-Maior por crime desvinculado do exercício da profissão é privilégio e viola o artigo 5º, caput da CF, transformando-os na única categoria que não está sujeita a ser presa preventivamente. Nesse sentido, tem se posicionado a Procuradoria Geral da União, em suas manifestações nas reclamações:¹⁴³

141 Fig. Atividade muito rendosa, mas sem muito trabalho, cf. Dicionário da Língua Portuguesa Academia Brasileira de Letras.

142 Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 77/78.

143 Nesse sentido o parecer do Ministério Público Federal, da lavra da II Subprocurador Geral Cláudia Marques, nos autos da Reclamação 4.535-8/ES, ao opinar pelo indeferimento do pedido, transcrito pelo Relator Sepúlveda Pertence (fls. 121/124). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=464556>> Acesso em: 04 mar.2012

(...)Acertada a decisão proferida pela autoridade reclamada. Desde que se garanta ao advogado, regularmente inscrito nos quadros da OAB, o recolhimento em local condizente com a dignidade inerente ao exercício profissional, alcançado esta, sem dúvidas, o escopo pretendido pela norma prevista no art. 7º, V, da Lei nº 8.906/94.

De acordo com a Superintendência Regional da Polícia Federal no Espírito Santo, o reclamante encontrava-se recolhido em cela distinta dos detentos comuns, construída recentemente, dotada dos atributos exigidos pelo art. 295 do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a prisão especial, apresentando condições regulares de higiene, instalações sanitárias satisfatórias, correspondentes à sala de Estado Maior.

Assim, ainda que se reconheça a inexistência de sala de Estado maior no Estado do Espírito Santo, não se vislumbra, de plano, qualquer prejuízo ao reclamante, em decorrência do quadro apresentado nestes autos, já que a carceragem da Superintendência Regional da polícia Federal em Vitória/ES, preenchendo os requisitos do art. 295 do Código de Processo Penal, corresponde, concretamente, à garantia conferida à classe profissional no art. 7º, V, da Lei 8.906/94.

(...) Do contrário, estar-se-ia estabelecendo em favor da nobre classe dos advogados um privilegio inexistente para qualquer outra categoria profissional no Estado do Espírito Santo, qual seja, a de nunca ser preso preventivamente, em estabelecimento adequado, dada a inexistência naquela unidade federativa, de sala de Estado Maior. Assim, enquanto um médico, um engenheiro, um arquiteto, ou qualquer outro profissional de nível superior que vier a ser preso preventivamente ficará recolhido em prisão especial, o advogado sempre será beneficiado com a prisão domiciliar.

Tal situação, **data venia**, afronta ao que determina o art. 5º, **caput**, da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”.

Sem desmerecer a classe de advogados, não há razão para um tratamento diferenciado, nesse aspecto, aos demais profissionais de nível superior. [grifo nosso]

A inconstitucionalidade da previsão legal

Ficou demonstrado ao longo deste trabalho que prerrogativa reproduzida no inciso V, do artigo 7º, do Estatuto da OAB, assegurando ao advogado o direito de ser preso em sala de

Estado-Maior, teve sua gênese em Decreto baixado pelo Governo Provisório, em 1931, período em que os militares eram os apoiadores de Vargas.

A estrutura administrativa atual e a concepção de gestão pública do sistema carcerário não guarda qualquer nexos com a aquela realidade. É inconcebível transpor o conceito de segurança pública da época para os dias de hoje.

Basta analisar o elenco dos crimes previstos no artigo 13, do Decreto nº 22.478/33, que inviabilizavam a inscrição do bacharel em direito na ordem, para concluir que, à época, não havia preocupação com o crime organizado agindo dentro e fora dos presídios e a prática de crimes como: tráfico de drogas e de armas, lavagem de dinheiro [que adquiriram caráter transnacional e hoje, são responsáveis

por grande parte dos delitos correlatos], assalto a bancos e a residências, roubo de veículos etc.

Não se pode ignorar, ainda, porque notório, que o advogado transita, em razão do exercício da profissão, de forma muito peculiar por esses meandros. Manter-se isento nesse sistema pode comprometer a sua vida e de seus familiares.

Então, é necessário que se questione acerca da razoabilidade de custodiar advogados no seio das Forças Armadas e da Polícia Militar, onde exercerão seu direito de visitas, com todos os riscos inerentes¹⁴⁴.

Ao prestar informações na Reclamação nº 5740,¹⁴⁵ ajuizada por advogado preso no Quartel da Cavalaria 9 de Julho, em São Paulo, acusado de pertencer ao crime organizado e assassinar um policial civil,¹⁴⁶ o Secretário da Segurança Pública,¹⁴⁷ à época, despachou pessoalmente com o Ministro Ayres Britto.

Havia fundada preocupação com a jurisprudência que

144 Em São Paulo, não há como desconsiderar os ataques perpetrados às forças policiais em maio de 2006.

145 Na condição de reclamado.

146 Cf. informações Seção 2.4.

147 O Secretário Ronaldo Marzagão despachou pessoalmente com o Ministro Ayres Brito, as informações do Comando Geral da Polícia Militar, anexas ao ofício GabSec 31/2008, acompanhado da autora desse trabalho, à época afastada junto ao seu gabinete, e do Dr. José Roberto de Moraes, representando a Procuradoria Geral do Estado.

se formava naquela Corte,¹⁴⁸ em relação à caracterização da sala de Estado-Maior, cujo descumprimento seria suficiente ao deferimento de prisão domiciliar:

II. “Sala de Estado-Maior” (L. 8.906, art. 7º, V): caracterização. Precedente: HC 81.632 (2ª T., 20.08.02, Velloso, RTJ 184/640). 1. Por Estado-Maior se entende o grupo de oficiais que assessoram o Comandante de uma organização militar (Exército, Marinha, Aeronáutica, Corpo de Bombeiros e Polícia Militar); assim sendo, “sala de Estado-Maior” é o compartimento de qualquer unidade militar que, ainda que potencialmente, possa por eles ser utilizado para exercer suas funções. 2. A distinção que se deve fazer é que, enquanto uma “cela” tem como finalidade típica o aprisionamento de alguém -e, por isso, de regra contém grades -, uma “sala” apenas ocasionalmente é destinada para esse fim. 3. De outro lado, deve o local oferecer “instalações e comodidades condignas”, ou seja, condições adequadas de higiene e segurança. [grifo nosso]

A visita, durante a qual foram expostas as dificuldades de implementação da prerrogativa e as peculiaridades afetas às questões da segurança no Estado, certamente sensibilizaram o Ministro, que indeferiu a liminar:¹⁴⁹

EM 18/02/2008: “[...] ISSO PORQUE, SEGUNDO INFORMA A AUTORIDADE RECLAMADA, O COMANDO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO E A SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA TRANSFERIRAM O RECLAMANTE PARA O REGIMENTO DA POLÍCIA MONTADA “9 DE JULHO”. MAIS: DIZ O ACIONADO QUE O RECLAMANTE ESTÁ RECOLHIDO, JUNTAMENTO COM UM ADVOGADO E DOIS JUÍZES, NUMA SALA QUE SERVA DE ALOJAMENTO DE POLICIAIS FEMININOS, OS QUAIS PASSARAM A UTILIZAR OUTRO AMBIENTE. ISSO POSTO, INDEFIRO A LIMINAR. À PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA. PUBLIQUE-SE.” 20.02.2008

A jurisprudência evoluiu, flexibilizando o conceito de

148 Rcl 4.535/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 07/05/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-037 DIVULG 14-06-2007 PUBLIC 15-06-2007.

149 O processo foi extinto porque, intimado duas vezes a se manifestar, o reclamante silenciou. DJe-120 DIVULG 22/06/2011 PUBLIC 24/06/2011. Conforme demonstrativo apresentado na Seção 2.4., o advogado foi transferido, por ordem judicial, em ago. 2009, para a Penitenciária de Tremembé.

sala de Estado-Maior:¹⁵⁰

*Embora tenha sido certificado que o ora Interessado não está detido em sala de Estado Maior, trata-se de local que, nos termos da jurisprudência referida, pode ser tido como tal, pois situa-se em instalações do Quartel do Comando Geral da Polícia Militar do Espírito Santo e é destinado, eventualmente, à prisão de civis. Além disso, não há elementos nos autos que permitam concluir com exatidão que as condições do cárcere não são condignas.*¹⁵¹

A visita, durante a qual foram expostas as dificuldades de implementação da prerrogativa e as peculiaridades afetas às questões da segurança no Estado, certamente sensibilizaram o Ministro, que indeferiu a liminar:

Demonstrado, portanto, que a prerrogativa assegurada ao advogado, de ser preso em sala de Estado-Maior, é anacrônica e sua manutenção compromete a segurança pública, além de causar profundo desequilíbrio em relação aos demais presos com formação universitária.

Gilmar Ferreira Mendes, ao tratar do tema controle concentrado de constitucionalidade¹⁵², aborda com precisão o procedimento de aferição dos fatos e prognoses legislativos pelo Tribunal:

Em verdade, venho afirmando em estudos doutrinários sobre o tema, no controle abstrato de normas não se procede apenas a um simples contraste entre a disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui, fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional. Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal.

No âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal, deve o Tribunal, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador [...]. [grifo nosso]

150 E, ao que parece, será reinterpretado no julgamento conjunto, pelo Pleno, das Reclamações 8.853 e 5.826, como salientado na Seção 3.2.1.

151 Rcl 11.596 MC/ES, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 10 jun. 2011, DJe- 114, Publ. 15 jun. 2011.

152 MENDES, Gilmar Ferreira, MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.322-327.

A constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, faz-se, necessária e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos, sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder essa aferição.

Pertinentes, ainda, os argumentos colacionados pelo referido Ministro, em voto proferido no julgamento do HC 82959-SP:¹⁵³

Talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, a possível mutação constitucional. Se a sua repercussão no plano material é inegável, são inúmeros os desafios no plano do processo em geral e, em especial, do processo constitucional.

Nesse sentido, vale registrar a douda observação de Larenz:

'De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com isso, frequentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa.

Trata-se a esse propósito de que as relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se 'ajustar' às novas relações. É o factor temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; o que no momento da gênese da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar. Mas, uma vez que a lei, dado que pretende ter também validade para uma multiplicidade de casos futuros, procura também garantir uma certa constância nas relações inter-humanas, a qual é, por seu lado, pressuposto de muitas disposições orientadas para o futuro, nem toda a modificação de relações acarreta por si só, de imediato, uma alteração do conteúdo da norma. Existe a princípio, ao invés, uma relação de tensão que só impele a uma solução - por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito - quando a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser 'evidente'." (Karl Larenz, Metodologia da Ciência de Direito, 3ª edição, Lisboa, 1997, p. 495)'.¹⁵⁴

Os comentários de Paulo Lôbo, reproduzidos na Seção 4.1, indicam a existência de discussão à época da elaboração anteprojeto pelo CFOAB, que deu origem ao novo Estatuto da Ordem: havia necessidade de se

observar a simetria com os demais diplomados.

A prisão em sala de Estado-Maior raramente foi pleiteada antes de 1994.¹⁵⁴

A justificativa, como explica Alberto Zacharias Toron, pode repousar no fato de que não havia grande diferença entre as regalias usufruídas pelo preso especial e aquele preso em sala de Estado-Maior, enquanto o conteúdo da prisão especial vinha regulado pelo Decreto nº 38.016/55. "Na forma como disposto no referido Decreto, o detido poderia usar sua própria roupa, receber visitas todos os dias, receber alimentação destas, comunicar-se por telefone etc."¹⁵⁵

Com sua revogação pela Lei nº 10.258/01, a diferença ficou restrita ao recolhimento em local distinto da prisão comum, ou em cela distinta do próprio estabelecimento penal comum.

Entretanto, não é só isso. A prisão em sala de Estado-Maior traz consigo um mecanismo automático de obtenção da prisão domiciliar, que frustra a finalidade da lei.

Vicente Rao,¹⁵⁶ ao tratar da equidade e o julgamento contra a lei afirma:

[...] há raríssimos casos nos quais pode o juiz encontrar-se em face de lei obsoleta, ou manifestamente iníqua, não mais correspondente às condições sociais do momento e cuja aplicação rígida e formal possa causar dano à ordem pública, ou social. Nesta hipótese, melhor será considerar a lei inadapável ao caso concreto, por dissonância com os elementos de fato e socorrer-se, para a solução do conflito, das demais fontes do direito.

Outra foi a postura adotada, até então, pelo Supremo que defere a prisão domiciliar de forma sistemática, a pretexto da necessidade de se respeitar um direito que perdeu seus lastros:

[...] a prerrogativa de prisão em Sala de Estado-Maior tem o escopo de mais garantidamente preservar a incolumidade física daqueles que, diuturnamente, se expõem à ira e retaliações de pessoas eventualmente contrariadas com um labor advocatício em defesa de contrapartes processuais e da própria Ordem Jurídica. A advocacia exibe uma dimensão corporativa, é certo, mas sem prejuízo do

¹⁵⁴ O reduzido número de advogados presos também explica o fato, cf. informações Seção 2.4.

¹⁵⁵ Prerrogativas Profissionais do Advogado. 3ª edição. São Paulo: Editoras Atlas, 2010, p.123.

¹⁵⁶ "O Direito e a Vida dos Direitos". 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 95.

seu compromisso institucional, que já é um compromisso com os valores que permeiam todo o Ordenamento Jurídico brasileiro. “(HC 91.089/SP, j. 4.9.2007)

Os motivos para sustentar a necessidade de acautelamento diferenciado do advogado, que ilustra as decisões do STF, não encontram eco no atual contexto das liberdades públicas, em pleno Estado Democrático de Direito, conceituado por Alexandre de Moraes como:¹⁵⁷

[...]o Estado que se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais; é proclamado, por exemplo, no caput do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou, igualmente, em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático ao afirmar que ‘todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O Presidente Nacional da OAB, após a rejeição da emenda aprovada no Senado Federal, que restringia o benefício da prisão especial e revogava expressamente o inciso V, do artigo 7º do Estatuto da OAB,¹⁵⁸ justificou a manutenção do benefício para resguardar os favorecidos de abusos. Segundo ele, “ao defender o cliente, um advogado pode ter embates com magistrados, integrantes do Ministério Público e até policiais. Nessas situações, o advogado seria presa fácil para um delegado arbitrário que quisesse jogá-lo numa cela com um homicida.”¹⁵⁹

A interpretação que se faz hoje para sustentar a existência de nexo entre a prerrogativa assegurada e os riscos do exercício da advocacia, conforme demonstrado, é um sofismo.

Cabe aqui reproduzir as considerações de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:¹⁶⁰

A igualdade não exclui a diferenciação, em razão da diversidade de situações. Ao contrário, a justiça retributiva reclama essa diferenciação. Realmente, a igualdade, nesse caso, é o tratamento desigual de desigualdades.

157 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 6.

158 Cf. noticiado na Seção 2.2.

159 <disponível em <http://www.org.br/noticia/21713/oab-obtem-vitoria-expressiva-na-camara>> acesso em 15.mar.2012

160 Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. 2º ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 205/206

[...] é ilegítima a diferenciação quando arbitrária. Ou seja, quando é maculada pelo desvio de poder, sendo estabelecida por razões que não se coadunam com a sua finalidade.

Em aprofundado estudo,¹⁶¹ Elival da Silva Ramos, ao tratar da proporcionalidade como técnica de controle abstrato de normas, fixa conceitos e parâmetros extremamente pertinentes à avaliação do problema abordado:

A exigência de proporcionalidade decorre da necessidade de que as leis e atos normativos subalternos observem as normas constitucionais de cunho teleológico, enquanto decorrência da própria supremacia hierárquica dessas normas. Constitui um modo peculiar de aferir a constitucionalidade de atos legislativos [...]

“Em algumas situações, para se avaliar a proporcionalidade de uma lei há que se investigar os seus potenciais efeitos na realidade fática[...]

[...] as exigência de proporcionalidade ou razoabilidade enquanto critérios de aferição da constitucionalidade de atos legislativos devem corresponder, em nível conceitual, à noção de vício de inconstitucionalidade finalística.

[...]

No denominado teste de proporcionalidade os três elementos que emergem do apelo à congruência entre meios e fins constituem etapas de um procedimento único e, mais do que isso, etapas que se desenrolam sucessivamente, em uma ordem predeterminada e escalonada, de modo que o insucesso no preenchimento de um sub-requisito basta para a caracterização da desproporcionalidade, mas o exame favorável em uma das etapas não é suficiente para se afirma a proporcionalidade se existir outra ou outras que sobre ela se assentem. ¹⁶²

Assim como a prisão especial, a prisão em sala de Estado-Maior tem como finalidade preservar seus beneficiários, presos provisórios, do convívio com presos já condenados.

É possível superar a primeira etapa do teste indicado, afirmando que o meio promove o fim? Parece irrefutável que sim.

Entretanto, a segunda etapa, a da necessidade, é insupe-

161 Em artigo intitulado “A Exigência de Proporcionalidade no Controle Abstrato de Normas Brasileiro”, apresentado na “XXV e Table Ronde Internationale de Justice Constitutionnelle”, realizada em Aix-en-Provence, França, no período de 4 a 5 de setembro de 2009, pelo Instituto “Louis Favoreau”.

162 Luis Virgílio da Silva, no artigo O proporcional e o razoável, RT 798/2002, descreve a mesma característica do controle de proporcionalidade de legislação restritiva de direitos fundamentais fazendo referência a uma relação de subsidiariedade que existiria entre os três elementos utilizados.

rável. Dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o mesmo fim, não há outro menos gravoso?

A resposta é inequivocamente sim. Tem-se a prisão em cela especial ou em cela distinta daquela destinada à prisão comum.

Já decidiu o STF:¹⁶³

“A norma estatal que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, 5º, LIV).

Não se pode ignorar o parâmetro fixado pela Constituição para a interpretação da extensão das prerrogativas deferidas ao advogado: o exercício da profissão.¹⁶⁴

A cela comum também descumpra requisitos mínimos da Lei de Execução Penal. Em São Paulo, há inúmeras Cadeias Públicas¹⁶⁵ interditadas nesse momento, e pessoas da Administração mobilizadas para remoção dos presos para os Centros de Detenção Provisória, administrados pela SAP, que também estão no seu limite de ocupação.

A notória sobrecarga das prisões não autoriza, entretanto, a liberação dos presos¹⁶⁶, ou sua prisão domiciliar.¹⁶⁷

Ao reconhecer o direito à prisão domiciliar [em que pese a presença de justificativa para a manutenção da prisão preventiva], sem indagar se o crime praticado tem vinculação com o exercício da advocacia, o Judiciário tem tratado os advogados de forma privilegiada, em detrimento dos demais “diplomados”, aos quais é assegurada a prisão especial.

163 ADI 1407-2DJU 15.03.96.

164 Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

165 Sob administração da Secretaria da Segurança Pública.

166 A exemplo de decisões adotadas em caso de superlotação <http://www.conjur.com.br/2005-nov-23/juiz_desacata_ordem_manda_soltar_sete_presos Juiz desacata ordem e manda soltar mais sete condenados> <<http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL1340668-5605,00-JUIZ+A-MEACA+SOLTAR+PRESO+SE+CADEIA+NO+INTERIOR+DE+SP+NAO++FOR+ESVAZIADA.htm1>> Acesso em: 15 mar. 2012

167 Nesse sentido o STJ, no julgamento do HC nº 22.917. Superlotação e más condições de casa de albergue não justificam a concessão de prisão domiciliar a réu condenado que esteja cumprindo pena em regime aberto. A conclusão é da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao manter decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-27/superlotacao-albergue-nao-justifica-concessao-prisao-domiciliar>> (acesso 20/03/2012). Em sentido contrário decidiu o STF, no julgamento do HC 110892, Rel. Min. Gilmar Mendes, que votou pela concessão do pedido, para que o acusado cumpra a pena em regime mais benéfico até a existência de vaga no regime fixado, até a existência de vaga. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4162138>> Acesso em 1 abr. 2012.

Deferir ao advogado o direito de ser preso em sala de Estado-Maior, sem qualquer condicionamento, afronta o princípio da isonomia e autoriza a existência de uma categoria que, à falta da referida sala, nunca ficará presa preventivamente.

A exemplo do que ocorre com a imunidade parlamentar e

a prerrogativa de foro, o exercício da prerrogativa de prisão especialíssima para o advogado deve estar atrelado ao exercício da profissão, caso contrário inexistirá nexo para sua manutenção.

Não se tem conhecimento de que, em algum lugar do Brasil as autoridades afirmem

possuir sala de Estado-Maior, e há fundados prejuízos em dar essa designação a qualquer repartição dentro dos quartéis, porque outra é a finalidade que orienta a Polícia Militar e as Forças Armadas. Ciente da complexidade do procedimento, o Judiciário não os tem obrigado os receber preso.

Saliente-se, inclusive, que a competência do Estado para administrar os estabelecimentos prisionais e congêneres foi expressamente reconhecida pelo STF, ao declarar a inconstitucionalidade da expressão “aprovadas pela OAB”, que integrava o inciso V, do artigo 7º da Lei nº 8.904/94, no julgamento da ADI 1.127.¹⁶⁸

A demonstração de que a prerrogativa tem sido indevidamente exercida presta-se a evidenciar o equívoco gerado no trato dessa questão, que não despertou no Poder Judiciário qualquer inconformismo na aplicação da lei.

Entretanto, ainda que se interprete o dispositivo com os parâmetros constitucionais indicados, para admitir a prisão em sala de Estado-Maior apenas para os advogados que pratiquem crimes no exercício da profissão,¹⁶⁹ há outro fator a ser enfrentado: **não inexistente sala de Estado-Maior para a custódia de advogados e adaptação de quartéis**

168 Por essa razão, foi equivocado o ajuizamento de Ação Civil Pública pelo MPF/DF, para obrigar as Forças Armadas a receber advogados presos. Cf. Proc nº 0050307-26.2010.4.01.3400, em curso perante a 15ª Vara da Justiça Federal no Distrito Federal. Os autos estão conclusos para sentença desde 29.11.201. <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00503072620104013400&secao=DF&enviar=Pesquisar>> Acesso em: 28 mar. 2012.

169 O que reduziria sensivelmente o número de interessados, devido aos mecanismos atuais, alternativos à prisão, como as cautelares e a fiança.

Não se pode ignorar o parâmetro fixado pela Constituição para a interpretação da extensão das prerrogativas deferidas ao advogado: o exercício da profissão.

para essa finalidade não é recomendável.

Em maior ou menor escala, os inconvenientes continuam os mesmos.

Além disso, há uma estrutura prisional organizada para custodiar os presos com formação universitária, que atende às necessidades¹⁷⁰ de custódia dos advogados em instalações distintas da prisão comum.

Assim, caso o julgamento conjunto das Reclamações nº 8853 e nº 5826, até hoje suspenso¹⁷¹, não reverta a interpretação do Pleno, que prevaleceu nos julgamentos anteriores e posteriores, inclusive,¹⁷² far-se-á necessária a propositura de nova ação direta de inconstitucionalidade do artigo 7º, inciso V, do Estatuto da OAB.

Cabimento de nova Ação Direta de Inconstitucionalidade do artigo 7º, inciso V, da Lei 8.906/94

Oportuno reiterar que, ao examinar o mérito da ADI 1.127, o STF confirmou o que decidido em sede de liminar:

V- A prisão do advogado em sala de Estado Maior é garantia suficiente para que fique provisoriamente detido em condições compatíveis com o seu múnus público. VI - A administração de estabelecimentos prisionais e congêneres constitui uma prerrogativa indelegável do Estado.

Entretanto a questão da existência ou não de Sala de Estado-Maior sequer foi ventilada na ADI 1127. Também não foi objeto de questionamento e sequer ventilado nos debates de julgamento, a vinculação da prerrogativa aos cri-

170 Que aqui não se questiona.

171 Consulta ao site nesta data 20 mar. 2012. Rcl 5826 e Rcl 8853. Devolução dos autos para julgamento. 31.08.2011 <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2593159><http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2696358>

O julgamento está suspenso desde 19.08.2010. Decisão: Após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), que julgava procedente a reclamação, no que foi acompanhada parcialmente pelo Senhor Ministro Ayres Britto, e os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Ellen Gracie, julgando-a improcedente, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Dias Toffoli. O Tribunal indeferiu habeas corpus de ofício, contra os votos da Relatora e do Ministro Marco Aurélio. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Falaram, pelo reclamante, o Dr. Alessandro Silvério e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 19.08.2010.

172 - Rcl 12922 origem São Paulo/Bauru, decisão 29.11.2011. Rel. Gilmar Mendes. "Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar para determinar ao Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Bauru/SP que proceda à transferência do reclamante à Sala de Estado Maior ou, na sua ausência, à prisão domiciliar, com as cautelas cabíveis."

mes cometidos no exercício da profissão¹⁷³.

Ainda que o STF tivesse apenas declarado a inconstitucionalidade da "expressão **assim reconhecidas pela OAB**", com efeito *erga omnes* restrito a essa parte do dispositivo, foi provocado por reclamação [na qual se alegava estar sendo descumprida a decisão proferida na ADI] e firmou entendimento que a prisão especial para advogados é constitucional, interpretando, ainda, o que deva ser compreendido por "Sala de Estado-Maior".

Nas ações diretas de inconstitucionalidade, prevalece o princípio da vinculação ao pedido, isto é, não pode o STF declarar a inconstitucionalidade de algo que não foi pedido pelo requerente da medida. Não está o Tribunal, entretanto, adstrito aos fundamentos apresentados pelo requerente, podendo declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo por razões outras que não aquelas constantes da petição inicial.

Dentro dos princípios processuais que regulamentam a tramitação da fiscalização abstrata do controle da constitucionalidade, destaca Carlos Blanco de Moraes¹⁷⁴ o Princípio do Pedido, ou seja:

851. O princípio do pedido significa que o processo só se inicia por iniciativa dos sujeitos legitimados para o efeito (dimensão do corolário expresso no brocardo nemo iudex sine actore). E significa, ainda, que o pedido formulado pelo requerente fixa o objecto do processo, não podendo invalidar outras que não tenham sido sindicadas.

Transporta, também, o mesmo princípio, uma exigência instrumental de individualização objectiva das normas impugnadas no requerimento (vide, em termos de desenvolvimento deste critério, infra, § 880 e seg).

(...)

880. Admitido o requerimento, importa saber de que modo é que o seu conteúdo condiciona o âmbito da competência do Tribunal Constitucional para decidir sobre a questão de constitucionalidade ou legalidade suscitadas.

Á luz do «princípio do pedido», já examinado (supra, § 932) no seu corolário da «adequação» ou da «correspondência entre o pedido e o pronunciado» que se encontra enunciado no n.º 5 do art. 51, da LTC, o Tribunal Constitucional está vinculado na sua decisão ao objeto do pedido, embora não à causa de pedir.

173 Sequer no julgamento das reclamações, essa reflexão foi feita. Até mesmo ao avaliar o exercício da prerrogativa por um advogado acusado de pedofilia, quando poder-se-ia dar interpretação diversa, a questão foi suscitada [Rcl 11252 MC/PR].

174 Justiça Constitucional: O Direito do Contencioso Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, II Tomo. 2.ª edição, pp. 560 e 575

(...)

Daqui resulta que o Tribunal não pode declarar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de normas cuja apreciação não tenha sido requerida no pedido, devendo existir uma correspondência rigorosa entre o pedido e o decidido de harmonia com o brocardo “ne eat iudex ultra petitum partium”

Na ADI 1.127-DF, verifica-se da inicial, que a impugnação do inciso V, do artigo 7º, da Lei Federal nº 8.906/94 (Estatuto da OAB) foi apenas parcial, no tocante à expressão “**assim reconhecidas pela OAB**”. Logo, o que o STF declarou inconstitucional, com efeito *erga omnes*, foi essa parte do dispositivo.

O constitucionalista Elival da Silva Ramos é categórico em afirmar:¹⁷⁵

A pretensão da proposta doutrinária que inspirou a atribuição de efeito vinculante às decisões definitivas de mérito em ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade era estabelecer a obrigatoriedade da observância pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pelos órgãos e entidades da administração pública, direta e indireta, dos fundamentos determinantes da decisão. Contudo, ainda não se pode dizer que o Supremo Tribunal Federal tenha emprestado essa conotação ao efeito vinculante, vencendo com o princípio arraigado em nossa legislação processual, de que os motivos da sentença não fazem coisa julgada (e, portanto, não vinculam quem quer que seja) ‘ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença’ (artigo 469, I, do Código de Processo Civil.).

Relevantes os debates¹⁷⁶ estabelecidos no julgamento da ADIN 1.127 e a conclusão sobre os limites impostos à declaração de inconstitucionalidade, em função do pedido deduzido pela autora. A preocupação com a quebra da

¹⁷⁵ Ramos, Elival da Silva. “A Evolução do Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade e a Constituição de 1988”. Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, V.I, Número I. Janeiro/Dezembro 2010.p. 144.

¹⁷⁶ Fls. 149 e ss, do acórdão proferido no julgamento do mérito da ADI. Disponível em:

isonomia, também esteve presente:

Ministro Cezar Peluso - *Isso deve valer para todo mundo, Ministro. Como é que vamos discriminar a sociedade? Alguns merecem e outros não? Isso vale para todos.*

Ministro Ricardo Lewandowski: sobre “instalações condignas aprovadas pela OAB”.

- Realmente penso que a administração de estabelecimentos prisionais e congêneres constitui uma prerrogativa indelegável do Estado, da Administração Pública.

Ministro Eros Grau: *Quero observar também uma imensa contradição apurada quando se coloca em aplicação esse preceito.*

Um advogado que tiver cometido um crime bárbaro é beneficiário dessa prerrogativa. Mas se ele for preso, por exemplo, como depositário infiel, em uma execução fiscal, não gozará dessa prerrogativa.

Ministro Cezar Peluso - *Não, é em qualquer situação*

[...] **O Ministro Joaquim Barbosa** posicionou-se, finalmente, pela supressão da seguinte expressão: “Assim reconhecidas pela OAB e, na sua falta, em prisão domiciliar.”

[...] **Ministro Marco Aurélio (Relator)** - *no caso concreto, não há ataque à transformação da prisão verificada em domiciliar.*

[...] *Não há impugnação à transformação. Não existe pedido nesse sentido. Pretende-se unicamente à exclusão da cláusula a critério da Ordem dos Advogados do Brasil, assim reconhecida pela Ordem dos Advogados do Brasil. É o que se ataca; apenas isso.*

O Ministro Joaquim Barbosa insistiu, então, na prejudicialidade, pois a situação já estava disciplinada no Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 10.258/2001

O Ministro Cezar Peluso também votou pela prejudicialidade.

Ante a insistência do Ministro Carlos Brito sobre o caráter especial do dispositivo, o Ministro Joaquim Barbosa externou a pergunta - Porque (sic) não dos médicos, dos dentistas?

Ministro Ricardo Lewandowski: Mas eu insisto nesse aspecto: quem está submetido ao risco é o advogado, em razão da profissão; ele está no “front”. O sentido da lei é proteger aquele que tem maior risco.

Ministro Joaquim Barbosa: O magistrado também não?

Ministro Ricardo Lewandowski: Não, ele não está sob risco de prisão permanente e arbitrária.

Ministro Cezar Peluso: Então, Vossa Excelência está me dizendo que a profissão de advogado é a mais dada à prática de delito? Tenha tanta paciência!

À pretensão do Ministro Carlos Brito de votar em cada um dos cinco núcleos semânticos, a Ministra Ellen Gracie, Presidente salientou: Mas só se impugna a expressão “assim reconhecida pela OAB”.

Ministro Carlos Brito: Só esse objeto?

- Só esse é o objeto da ação, repetiu a Presidente. [grifo nosso]

Com fundamento nas lições do constitucionalista Luís Roberto Barroso,¹⁷⁷ é possível afirmar que, se o pedido é limitado à declaração de inconstitucionalidade de parte de um dispositivo, não se pode declará-lo inconstitucional.

Na ação direta, cabe ao autor indicar os atos infraconstitucionais que considera incompatíveis com a Constituição e as normas constitucionais em face das quais estão sendo questionados, com as respectivas razões. Como regra geral, o Supremo Tribunal Federal adota o entendimento de que não pode estender a declaração de inconstitucionalidade a dispositivos que não tenham sido impugnados, ainda que os fundamentos sejam os mesmos. [STF., TRJ, 137:1001, 1991, Rep. 1.318-8-MS, rel. Min. Moreira Alves. Nada obstante, o tribunal não está adstrito aos argumentos invocados pelo autor, podendo declarar a constitucionalidade por fundamentos diversos dos expendidos na inicial (STF, DJU, 14, 14.dez.2001.p.23, ADInMC 2.396-MS, rel.ª Min.ª Ellen Gracie].

Quanto aos limites do papel a ser desempenhado pelo tribunal, o conhecimento convencional é no sentido de que ele

177 O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 180-181.

só pode atuar como legislador negativo - paralisando a eficácia de uma norma existente -, mas não como legislador positivo, inovando no ordenamento jurídico pela criação de norma anteriormente inexistente.

É possível afirmar ainda, que o pedido de declaração de inconstitucionalidade de parte de um dispositivo, julgado procedente, não implica na declaração de constitucionalidade do dispositivo, conseqüentemente, dos direitos assegurados no texto remanescente.¹⁷⁸

Este é o entendimento que deve prevalecer em relação à prerrogativa constante do inciso V, do artigo 7º, do Estatuto da OAB.

A declaração de inconstitucionalidade da expressão “aprovada pela OAB”, não autoriza a conclusão de que a prerrogativa [de “não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas e, na sua falta, em prisão domiciliar”] é constitucional.

O dispositivo está sujeito a toda sorte de impugnações, porque os argumentos opostos à parte não abrangem aqueles oponíveis à sua integralidade.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2158/PR,¹⁷⁹ expressou esse entendimento ao limitar a declaração inconstitucionalidade ao objeto do pedido:

EMENTA Ação Direta de Inconstitucionalidade. AMB. Lei nº 12.398/98-Paraná. Decreto estadual nº 721/99. Edição da EC nº 41/03. Substancial alteração do parâmetro de controle. Não ocorrência de prejuízo. Superação da jurisprudência da Corte acerca da matéria. Contribuição dos inativos. Inconstitucionalidade sob a EC nº 20/98. Precedentes (...) 6. Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento das normas impugnadas do decreto regulamentar, em virtude da relação de dependência com a lei impugnada. Precedentes. 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.”

“(…) Nesse ponto, vale mencionar que o artigo 79 da lei estadual prevê, no mesmo sentido, a exigência de contribuição

178 Que dependeria de uma Ação Direta de Constitucionalidade julgada procedente.

179 Repte: Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB. Relator Ministro Dias Toffoli. Jug.15.set.2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617876>> Acesso em 11.mar.2012.

compulsória dos segurados ativos a Fundo de Serviços Médicos-Hospitalares, o que, na linha da jurisprudência desta Corte (ADI nº 3.106/MG, Relator o Ministro Eros Grau), também é inconstitucional. Contudo, deixo de declarar a referida inconstitucionalidade, em virtude de não ser objeto da presente ação direta, que impugna tão somente expressões da Lei estadual nº 12.398/98 relativas à contribuição dos servidores inativos e dos pensionistas no âmbito do Estado do Paraná.”[grifo nosso]

Deve ser considerado, ainda, que a ADI 1.127 foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), os quais também têm direito à prisão especial em Sala de Estado-Maior,¹⁸⁰ o que evidencia a ausência de interesse em questionar a própria prerrogativa¹⁸¹.

Entendia a autora, ao impugnar a expressão **aprovada pela OAB**, que:

*Entregar à Ordem dos Advogados do Brasil o juízo sobre as instalações e comodidades onde será recolhido preso o advogado, além de atribuir-lhe funções jurisdicionais, privativas dos juizes, de conformidade com o inciso I desse artigo, quando a OAB em situação de vantajosa desigualdade frente a outras, cujos integrantes também gozam do benefício especial.*¹⁸²

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando deferiu a liminar, em 06 de outubro de 1994, na ADI nº 1127, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, talvez não tivesse conhecimento da ceulema sobre a existência de sala de Estado-Maior nos moldes preconizados no artigo 7º, inciso 5º, do Estatuto da OAB.

Entretanto, ao julgar seu mérito, em 17 de maio de 2006, ou seja, dez anos depois, deveria o STF ter enveredado por essa questão, reiteradamente levada à Corte nos diversos habeas corpus e reclamações, nas quais constava a informação da Secretaria de Segurança, do Comando da Polícia Militar, ou ainda, do Exército, atestando a inexistência de sala de Estado-Maior.

Considerando demonstrada a inexistência, na es-

¹⁸⁰ Quanto à prerrogativa dos magistrados, por ocasião dos Debates realizados no julgamento do mérito da ADI, assim se pronunciou o Ministro Sepúlveda Pertence, com a concordância e do Ministro Cezar Peluso: “Guardarei reserva, porque o argumento da lei especial com relação aos magistrados não cabe, pois os magistrados são referidos no artigo 295. Vão para o alojamento mesmo.”(fls. 155 do acórdão).

¹⁸¹ LOMAN-Lei Complementar nº 35/79

Art. 33 - São prerrogativas do magistrado:

[...] III - ser recolhido à prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final;

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm >

182

trutura militar, do que se concebe como sala de Estado-Maior e as implicâncias de eventuais medidas para resolver a questão mediante nomeação de determinado espaço dentro das instalações militares, é imperioso analisarmos a subsistência dessa interpretação, à luz das distorções.

Como salientado, há fundamentos suficientes ao ajuizamento de uma nova ação direta de inconstitucionalidade, cujo cabimento se demonstrou.

Necessário, entretanto, que se invoque ao Supremo Tribunal Federal, o exercício interpretativo que tem norteado a maioria dos julgados daquela Corte

Oportunos à iluminação dessa tarefa, os ensinamentos de Maria Helena Diniz¹⁸³:

A correlação fato, valor e norma é da própria essência do direito, para que, na tarefa interpretativa, se possa revelar o real conteúdo da norma, tornando efetiva a *intentio legis*. Não se poderá desconhecer as relações do texto legal com o seu contexto. Há parâmetros de razoabilidade tanto na leitura da disposição normativa como na de seu contexto, traçando limites do plausível. Tais limites serão impostos pelos princípios constitucionais, normas de valor genérico, que têm função argumentativa, pois permitirão revelar a *ratio* da norma e buscar a justiça, abandonando a velha e retrógrada parêmia *dura lex, sed lex*. Isto é, sim, por serem tais princípios guias seguros da atividade de aplicação jurídica de ideias basilares da lei a ser aplicada, além de esclarecerem o sentido e conteúdo da norma em sintonia com os valores vigentes na sociedade.[...]

O processo teleológico ou sociológico procura o fim, a *ratio* do preceito normativo, para a partir dele determinar o seu sentido. Tal técnica interpretativa objetiva, como ensina Ihering, a adaptar a finalidade da norma às exigências sociais (LICC, art. 5º). O aplicador, nas palavras de Henri de Page, não deverá olvidar a realidade da vida, e, sim, segui-la em sua evolução, adaptando-se a ela.

No julgamento de uma nova ADI, o que se espera do STF é que limite-se a julgar inconstitucional o inciso V, do artigo 7º da Lei 8.906/94, sendo o bastante à aplicabilidade do artigo 295, inciso VII, do CPP, aos

¹⁸³ DINIZ, Maria Helena. A Complexidade do Autêntico Ato Interpretativo. (Re)Pensando o Direito. Estudos em Homenagem ao Prof. Cláudio de Cicco. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 229.

advogados.

Como ensina Carlos Blanco de Moraes,¹⁸⁴ “se o Tribunal ‘inventa uma disciplina que não existe’, viola claramente o campo reservado ao legislador e a decisão aditiva é inválida”.

Nesse sentido, decidiu o STF ao julgar a ADI/MC 1.063-8., rel. Min. Celso de Mello:¹⁸⁵

A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, sem sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo do material que lhe deu o próprio legislador”. ADI/MC 1.063-8. rel. Min. Celso de Mello:

Como ensina Carlos Blanco de Moraes, “se o Tribunal ‘inventa uma disciplina que não existe’, viola claramente o campo reservado ao legislador e a decisão aditiva é inválida”.

Conclusão

i. Nos termos do Art. 133, da Constituição Federal, “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

ii. O Estatuto da OAB, n artigo 7º, inciso V assegura ao advogado o direito de não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas e, na sua falta, em prisão domiciliar”.

iii. O artigo 7º, inciso V, previa que as condições condignas da sala de Estado-Maior deveriam ser aprovadas pela OAB, mas essa cláusula foi declarada inconstitucional em Ação Direita de Inconstitucionalidade ajuizada pela OAB, nº 1.127. Entendeu o STF que a administração de estabelecimentos prisionais e congêneres constitui prerrogativa indelegável do Estado.

184 MORAIS, Carlos Blanco de, 2005, *apud* RAMOS, Elival da Silva. *Ativismos Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.220.

185 DJ 27-04-2001. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/> >. Acesso em: 18 mar. 2012.

iv. Ficou decidido, na ADI, que não houve revogação do dispositivo impugnado, pelo artigo 295, inciso VII do CPP. A antinomia foi solucionada pela utilização do critério da especialidade “*lex specialis derogat generali*”, no intuito de emprestar validade à norma do Estatuto da OAB.

v. A declaração de inconstitucionalidade com efeito *erga omnes* ficou restrita à expressão: “assim reconhecidas pela OAB”. Não houve declaração de constitucionalidade da prerrogativa, que dependeria de uma Ação Direta de Constitucionalidade julgada procedente.

vi. A questão foi submetida ao Supremo por via de reclamação ajuizada por advogado que teve sua prisão domiciliar indeferida, à falta de sala de Estado-Maior. Foi alegada afronta à decisão proferida na ADI 1.127.

vii. Apesar de não ter sido esse o objeto da ADI, o STF manteve o entendimento de que havia declarado a constitucionalidade do dispositivo. Inexistindo sala de Estado-Maior na estrutura da Polícia Militar e das Forças Armadas, como atestavam as informações juntadas pelo autor, passou a ser deferida a prisão domiciliar aos advogados inscritos na OAB, independentemente da análise da fundamentação do Juízo de primeira instância, justificando a manutenção da prisão.

viii. Considerando o fato de que a Polícia Militar e as Forças Armadas aceitam, excepcionalmente, a custódia de advogados, adaptando um local nas dependências castrenses, passaram a questionar a compatibilidade do espaço utilizado com o disposto no Estatuto da OAB, com a nítida pretensão de se obter a prisão domiciliar.

ix. Inicialmente, entendeu o Supremo que deveria ser uma sala e não uma cela; que não poderia ter grades e suas condições deveriam ser condignas. Tendo em vista que a interpretação nessa linha levaria sempre à prisão domiciliar [pois passou a ser notória a falta das instalações pretendidas], a Corte mudou a concepção da referida sala, para julgar aptas aquelas localizadas nas dependências de uma quartel, com condições condignas, ainda que possuíssem grades.

x. Há um julgamento do Pleno suspenso, com assinada possibilidade que seja alterado o entendimento até então vigente. Questionamentos como a afronta ao princípio da igualdade e o anacronismo da prerrogativa assegurada aos advogados permearam os debates realizados antes da suspensão do julgamento. Caso não seja alterado substancialmente a interpretação do dispositivo, será necessário ajuizamento de ADI por um dos legitimados.

xi. A importância das Forças Armadas e da Polícia Militar, na atual sistemática da Constituição de 1988, é indicada pelo Título V. Foram erigidas à condição de instrumento constitucional de defesa do Estado e da democracia.

xii. Não há nas organizações militares das Forças Armadas e da Polícia Militar uma dependência específica denominada "sala de Estado-Maior" e, dar essa denominação a qualquer dependência no interior de um quartel, apenas para cumprir o mandamento legal, caracterizaria a manutenção do preso em condições impróprias, sobretudo em relação à segurança, tendo em vista que tal função não se insere nas incumbências constitucionais daquelas Corporações.

xiii. O primeiro Regulamento da Ordem dos Advogados que contemplava a prerrogativa do advogado, de não ser preso, senão em sala especial de Estado-Maior [e não previa a prisão domiciliar], foi aprovado pelo Decreto nº 20.784, de 14 de dezembro de 1931, em pleno governo provisório de Vargas. Seu anacronismo é inquestionável.

xiv. As prerrogativas conferidas aos advogados guardam nexos com sua condição especial de agente público, não de pessoas físicas, comuns; visam assegurar o pleno exercício profissional, de modo a garantir seja atendido o interesse público na realização da justiça. Não podem ser invocadas na prática de crimes comuns, desvinculados do exercício da profissão; não devem ser transformadas em privilégio.

xv. Até a década de 90, quase não havia discussão a respeito do direito à prisão em sala de Estado-Maior. Após a Constituição Cidadã de 1988, houve a proliferação de cursos jurídicos, um aumento significativo do número de advogados e, conseqüentemente, de advogados envolvidos com a prática de crimes. Em 1994, o novo Estatuto assegurou o direito à prisão domiciliar, à falta de sala Estado-Maior; com edição da Lei 10.258/01, a prisão especial deixou de ter regalias, ficando restrita a um local distinto da prisão comum, ou em cela distinta do próprio estabelecimento penal comum.

xvi. A administração do sistema carcerário atual precisa levar em consideração as profundas mudanças havidas em relação às práticas delituosas, a existência de organizações criminosas que operam dentro e fora dos presídios e o envolvimento cada vez maior de advogados. O STF decidiu, ao julgar a ADI 1.127, que administração de estabelecimentos prisionais e congêneres constitui prerrogativa indelegável do Estado e não há dúvidas de seu reflexo na gestão da própria segurança pública.

xvii. Não se justifica o receio com a integridade física e psicológica do advogado. As acomodações condignas e separadas da cela comum [asseguradas pelo artigo 295, VII, do CPP] são suficientes à garantia de suas prerrogativas, devendo ser declarado inconstitucional o inciso V, do artigo 7º, do EOAB, porque tem se prestado apenas a subtrair o advogado da prisão preventiva fundamentada.

xviii. A exemplo do que ocorre com a imunidade parlamentar e a prerrogativa de foro, o exercício da prerrogativa de prisão especialíssima para o advogado deve estar atrelado ao exercício da profissão. Entretanto, ainda que respeitado esse limite, há outro fator a ser enfrentado: não existe sala de Estado-Maior para a custódia de advogados e adaptação de quartéis para essa finalidade não é recomendável.

xix. Em maior ou menor escala, os problemas continuam os mesmos. A avaliação da proporcionalidade de uma lei, depende de seus efeitos na realidade fática, como nos ensina Elival da Silva Ramos, e sua ausência é relevante para nortear o controle de constitucionalidade abstrato.

xx. A declaração de inconstitucionalidade da expressão "aprovada pela OAB" não autoriza a conclusão de que a prerrogativa - de "não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas e, na sua falta, em prisão domiciliar" - é constitucional.

xxi. O Supremo, ainda que assim entendesse à época do julgamento da ADI 1127, não poderia declarar o dispositivo inconstitucional, porque o pedido foi limitado à cláusula de aprovação da OAB. A autora sequer tinha interesse em interpretação mais ampla.

xxii. Há fundamentos suficientes ao ajuizamento de uma nova ação direta de inconstitucionalidade, cujo cabimento se demonstrou. Nessa oportunidade, o STF deverá limitar-se a julgar inconstitucional o inciso V, do artigo 7º da Lei 8.906/94, cuja suspensão ensejará a aplicação do 295, inciso VII, do CPP, aos advogados.

PS - BREVES E ATUALIZADAS CONSIDERAÇÕES

Este estudo foi apresentado na conclusão do Curso de Especialização da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado, em 2012.

Apesar do tempo decorrido, constata-se acanhado avanço da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal-STF, em relação à inconstitucionalidade da prerrogativa do advogado, prevista no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, de “não ser recolhido preso, antes da sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas e, na sua falta, em prisão domiciliar”.

As propostas e conclusões apresentadas continuam atuais e pertinentes, podendo ser corroboradas pela leitura de alguns acórdãos posteriores, bem como nos Pareceres da Procuradoria Geral da República, no bojo das Reclamações.

O julgamento de improcedência das Reclamações nº 5826 e nº 8853, pelo Plenário do STF, em março de 2015 (sobrestado desde 2010), não atendeu às expectativas de reconhecimento da inconstitucionalidade sustentada no desenvolvimento desse trabalho.

Entretanto, a leitura do Voto-Vista do Ministro Dias Toffoli, no julgamento da Reclamação n 5826/PR, aponta a preocupação como efeitos da manutenção da anacrônica prerrogativa, tendo em vista as reiteradas afirmações de inexistência de sala de Estado-Maior para as finalidades previstas no Estatuto da OAB:

Meu pedido de vista deu-se, fundamentalmente, para uma melhor análise sobre a possibilidade de, em sede de reclamação, enveredarmos pelo exame de situação de fato, para a verificação se as instalações onde o reclamante se encontra custodiado preencheriam ou não requisitos aptos a qualificá-la como “sala de Estado-Maior”.

A esse respeito, solicitei a minha assessoria que procedesse ao levantamento junto ao Ministério da Defesa de algumas informações que pudessem subsidiar-me nessa reflexão sobre o tema.

Em resposta a essa consulta, recebi do Excelentíssimo Senhor Chefe do Estado Maior da Defesa os seguintes esclarecimentos:

a) - Conceito de sala de Estado-Maior: não existe, em nosso regimentos, uma definição exata do que seja sala de Estado-Maior, contudo aglutinando os costumes da lide castrense e

alicerçado na definição de Estado-Maior, ou seja ‘Estado-Maior – Órgão composto de pessoal militar qualificado, que tem por finalidade assessorar o comandante no exercício do comando’ – glossário das Forças Armadas MD-35-G-01 (4ª Edição/2007), pode-se dizer que ‘sala de Estado-Maior’ é um

compartimento de qualquer unidade militar que possa ser utilizado pelo Estado-Maior para exercer suas funções;

b) - Quantas salas de Estado-Maior existem atualmente no Brasil?: considerando o item anterior seria necessário uma pesquisa minuciosa, a fim de determinar a quantidade exata de ‘sala de Estado-Maior’, tendo em vista que cada comando de unidade e superior possui seus respectivos estados-maiores;

c) - Existem advogados segregados provisoriamente nos quartéis da Marinha, Exército ou Aeronáutica? Haja vista a complexidade que envolve o levantamento de dados e o exíguo tempo de resposta, ‘a priori’, não existem advogados segregados provisoriamente nos comandos da Marinha, Exército e Aeronáutica, de acordo com informações originárias das Forças;

d) - Como militares tratam a questão (ofícios pelos quais se solicitam locais com salas de Estado-Maior para receberem advogados presos preventivamente, tendo em vista o que reza o estatuto da classe)?: no que tange a essa questão, informo que nas instalações militares não existem compartimentos que ofe-

reçam ambientes adequados para o recebimento de pessoas com as qualificações citadas. Quando ocorre a prisão de oficial, o usual é a separação de uma sala, onde são colocados meios mínimos, para que o militar permaneça durante o cumprimento da sanção disciplinar.

Como se vê, na linha do que já pronunciou a eminente Ministra Ellen Gracie, penso que deva, de fato, haver uma compatibilização entre a norma e a finalidade por ela almejada, para que se possa dar à literalidade da lei o espectro e a amplitude que permitam sua es-correita aplicação.

Embora 'sala de Estado-Maior', em seu sentido estrito, apenas exista dentro de instalações militares, é inegável que sua destinação única e a existência de apenas uma dessas salas em cada uni-

dade de comando ou em cada unidade superior inviabiliza sua utilização para o encarceramento de integrante da nobre classe dos advogados, sob pena de inviabilizar o próprio funcionamento regular de nossas Forças Armadas; o próprio oficial, se eventualmente restringido em sua liberdade de ir e vir, quando necessário, permanece confinado em ambientes dotados de meios mínimos ao cumprimento da sanção.

Assim, penso, em conformidade com o que igualmente expôs o ilustre Procurador-Geral da República, que tal como se dá em relação aos Magistrados e Membros do Ministério Público, na hipótese de prisão provisória, devem ser assegurados aos advogados instalações condignas com o seu grau, sejam elas em estabelecimento castrense ou não (...)

A Segunda Turma do STF, ao negar provimento ao Agravo Regimental interposto em relação à decisão proferida no julgamento da Reclamação nº 16716/SP, aos 24.3.2015, adotou o voto do relator Ministro Gilmar Mendes, que fixou entendimento coincidente com os argumentos alinhavados nesse trabalho:

Assim, penso, em conformidade com o que igualmente expôs o ilustre Procurador-Geral da República, que tal como se dá em relação aos Magistrados e Membros do Ministério Público, na hipótese de prisão provisória, devem ser assegurados aos advogados instalações condignas com o seu grau, sejam elas em estabelecimento castrense ou não (...)

Não obstante a decisão proferida pelo Plenário desta Corte no ano de 2006, ao revisitar o tema e analisar a legislação em comento, entendo que, de fato, a Lei n. 10.258/2001 regulamentou por completo os casos de prisão especial, consoante disposto no art. 295, § 1º, do CPP ("prevista neste Código ou em outras leis"). Nesse sentido, a Lei n. 10.258/2001 revogou o art. 7º, V, da Lei n. 8.906, ao disciplinar de forma homogênea todas as espécies de prisão especial.

Ressalto que não há razão para tratamento distinto das prisões especiais de magistrados, promotores e advogados, em respeito ao art. 6º do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/1994), que prevê ausência de hierarquia e subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público.

Ademais, é notório que as vetustas "salas de estado-maior" não estão em desuso, paulatinamente sendo suprimidas em diversas organizações

militares, como tampouco se justifica a tutela dos senhores advogados por militares, quando presos cautelarmente, principalmente considerando que também os oficiais das Forças Armadas submetem-se à prisão especial prevista no art. 295, V, do CPP.

Assim, a prisão especial disciplinada no art. 295, V, do CPP garante não só tratamento homogêneo das autoridades presas cautelarmente, como também instalações e comodidades mais condignas ao exercício da advocacia. Dessa forma, revogado o art. 7º, V, da Lei n. 8.906/1994, declarado constitucional pelo STF, não se verifica qualquer violação possível ao decidido na ADI 1.127/DF.

(...)

Ocorre que, como já mencionado anteriormente, é notório que as "salas de estado-maior" não só estão em desuso, mas, gradativamente, vêm sendo suprimidas em diversas organizações militares.

Por esse motivo, verifica-se que o entendimento jurisprudencial desta Corte tem evoluído no sentido de que a existência de vaga especial em espaço

em unidade penitenciária que atenda aos atributos de instalações e comodidades condignas, independente da existência de grades, atende à exigência fundada no inciso V do art. 7º da Lei nº 8.906/94. Cito as seguintes decisões: RCL 16.419, rel. min. Celso de Mello, DJe 27.8.2014; RCL-MC 15.969, rel. min. Roberto Barroso, DJe 10.10.2013; HC 116.384, rel. min. Rosa Weber, DJe 27.5.2013. (grifei)

É importante destacar, ainda, as alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, no tocante à Reclamação, especialmente o disposto nos artigos 989 e 990:

Art. 989. Ao despachar a reclamação, o relator:

I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias;

II - se necessário, ordenará a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável;

III - determinará a citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá prazo de 15 (quinze) dias para apresentar a sua contestação.

Art. 990. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Conforme abordagem feita no Capítulo 2, item 2.3, a Procuradoria Geral do Estado-PGE, atendendo à solicitação do Secretário de Segurança Pública de São Paulo, tentou questionar a decisão proferida no julgamento da Reclamação 5512, por meio de Embargos de Declaração que não foram conhecidos.

Ante a nova disciplina, será viável e relevante que o Comando da Polícia Militar padronize as informações a serem prestadas ao Judiciário, em resposta à solicitação de vaga em sala de Estado-Maior, no intuito de que a prisão domiciliar não seja deferida em função da negativa. É necessário, também, que se mantenha interlocução com a PGE para implementação do procedimento previsto.

A Ministra Carmen Lúcia, atual Presidente do STF, na relatoria da Reclamação 23567/SP, julgada aos 07.06.2016, externou entendimento favorável aos argumentos apresentados pela Polícia Militar: EMENTA: RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. PRISÃO DE ADVOGADO. ESTABELECIMENTO PRISIONAL COM CONDIÇÕES CONDIGNAS. INEXISTÊNCIA DE DESCUM-

PRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.127/DF. RECLAMAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal evoluiu para entender possível a prisão de advogado, pendente o trânsito em julgado da sentença condenatória, em local diverso das dependências do comando das forças armadas ou auxiliares, desde que apresentadas condições condignas para o encarcerado. Precedentes. 2. Como informado pelo Diretor Técnico II, o Centro de Ressocialização Feminino de São José dos Campos/SP dispõe de instalações condignas adequadas ao regime semiaberto da Reclamante, não se havendo cogitar de contrariedade às decisões proferidas no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.127/DF e na Reclamação n. 11.016, de minha relatoria. 3. A reclamação não é o instrumento adequado para o exame aprofundado das condições da unidade prisional onde está a Reclamante. Precedentes. 4. Reclamação julgada improcedente.

Retomando a argumentação desenvolvida ao longo desse trabalho, remanesce intacta e latente a possibilidade de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade da prerrogativa prevista no inciso V, do artigo 7º do Estatuto da OAB, cuja perspectiva de êxito é maior que o encaminhamento de proposta de alteração legislativa para sua supressão.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALMEIDA, Gregório Assagra de; CIANCI, Mirna. Direito processual de controle da constitucionalidade São Paulo: Saraiva, 2011.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ARAÚJO, Luis Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro, 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES PAULO. Curso de Direito Constitucional. 25º ed., São Paulo: Malheiros.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. A Complexidade do Autêntico Ato Interpretativo. (Re)Pensando o Direito. GONZAGA, Álvaro de Azevedo; GONÇALVES, Antonio Batista Gonçalves (coordenadores). Estudos em Homenagem ao Prof. Cláudio de Cicco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FRADE, Laura. Quem mandamos para a prisão? Visões do Parlamento Brasileiro sobre a Criminalidade. Brasília: Líber Livro Editora, 2008.

GOLDMAN, Elisa, MUAZE, Mariana. Sobral Pinto: uma memória em construção. In: SA, Fernando et al (organizadores). Os advogados e a Ditadura de 1964: a defesa dos perseguidos políticos no Brasil. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2010.

LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. *Criminalidade organizada e crime dos poderosos no Brasil*. In: MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello, DINO, Alessandra. São Paulo: UNESP, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei 9868, de 10-11-1999. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira, MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Claudir Roberto Teixeira de. Prisão Especial de Advogado em "Sala de Estado- Maior": anotações para uma necessária reflexão. In Periódico Polícia Militar: A Força Policial, n. 61.2009.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 6.

MOREIRA, Fernanda Machado. Modesto da Silveira, um soldado do Humano. SA, Fernando et al (organizadores). Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2010.

MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional: O Direito do Contencioso Constitucional. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, II Tomo.

PANTALEÃO, Juliana Fogaça. Prisão, capitalismo e glo-

balização. In: TOLEDO, Armando (coord). Direito Penal: reinterpretação à luz da Constituição; questões polêmicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 100.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. A Evolução do Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade e a Constituição de 1988. Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, V.I, Número I. Janeiro/Dezembro 2010.

_____. A Exigência de Proporcionalidade no Controle Abstrato de Normas Brasileiro, apresentado na "XXV e Table Ronde Internationale de Justice Constitutionnelle", realizada em Aix-en-Provence, França, no período de 4 a 5 de setembro de 2009, pelo Instituto "Louis Favoreau".

_____. "Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, 798:23-50. São Paulo, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais; conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA FILHO, Cid Vieira de. OAB X Ditadura Militar. A história de um período difícil para as instituições democráticas brasileiras. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

TORON, Alberto Zacharias, SZAFIR, Alexandra Lebelson. Prerrogativas Profissionais do Advogado. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

ARTIGOS DE JORNAL/REVISTA

PETRY, André. Advogados Picaretas. Revista Veja. Ed. 1905, 18 maio 2005.

TAVARES, Bruno. MP fecha 'setor jurídico' do PCC. *In Estadão*. C2, 26.07.2008.

VARELLA, Dráuzio. Superpopulação Carcerária. In Folha de São Paulo. Ilustrada. E14, 25 fev.2012.

A RECUSA DE OBEDIÊNCIA NO DIREITO PENAL MILITAR



Iremar Aparecido da Silva Vasques

Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito Pela Universidade Cruzeiro do Sul. Especialista em Polícia Judiciária pela Corregedoria da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Professor de Direito Penal Militar na Academia de Polícia Militar do Barro Branco.

Introdução

Cuidamos, nas linhas que se seguem, de analisar o delito de recusa de obediência à luz da norma substantiva penal militar, da doutrina e da jurisprudência, donde se nota a abordagem teórico-metodológica da pesquisa dogmática.

Além dos autores consagrados na área, foi procedida extensa pesquisas nos sítios eletrônicos dos tribunais militares (de São Paulo, de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul), e do Superior Tribunal Militar.

A móvel para o trabalho tem origem na constatação feita, sobretudo em sala de aula, na Academia de Polícia Militar do Barro Branco, do grande volume de dúvidas que existem, entre os militares, quanto aos contornos deste tipo penal.

Mais do que solucionar as questões teóricas que afligem o aluno em sala de aula, a análise do ilícito é relevante porque tais dúvidas podem se converter em óbices efetivos à persecução penal do delito, em situações concretas.

Seja quando o crime acontece porque o subordinado não tem consciência da gravidade de sua recusa, seja quando deixa de ser apurado porque o superior não tem a segurança necessária para apontar sua ocorrência, o reflexo é sentido na indisciplina da tropa e na perda da autoridade do superior.

A complexidade do tema não permite, naturalmente, apresentar verdades indiscutíveis, sobretudo em face das limitações inerentes ao tipo de trabalho a que nos propuemos, razão pela qual nos contentaremos em colocar o assunto em debate.

A Hierarquia e a Disciplina como fundamentos constitucionais das Instituições Militares.

O constituinte de 1.988, reconhecendo que as Instituições Militares merecem tratamento legal diferenciado, tratou de dar dignidade constitucional a dois valores re-

conhecidos na ética militar e colocá-los como fundamento dos corpos militares. Assim estabeleceu que as Forças Armadas, as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares organizam-se tendo como fundamentos a Hierarquia e a Disciplina (art. 42 e 142 da CRFB/1988).

O conceito dado a estes dois valores fundamentais é explicitado na Lei Complementar Estadual nº 893, de 09 de março de 2001, que instituiu o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo (RDPM), que em seu artigo 3º, ao tratar da Hierarquia, a define como sendo “a ordenação progressiva da autoridade, em graus diferentes, da qual

decorre a obediência, dentro da estrutura da Polícia Militar, culminando no Governador do Estado, Chefe Supremo da Polícia Militar”.

Em seguida, ao cuidar da Disciplina, anota, em seu artigo 9º, ser esta “o exato cumprimento dos deveres, traduzindo-se na rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas e ordens, por parte de todos e de cada integrante da Polícia Militar”.

Percebemos, da leitura dos dispositivos citados acima, que existe uma relação extremamente intrínseca entre os dois valores.

A Hierarquia é a ordenação da autoridade em crescentes graus. A autoridade é “a) a capacidade ou qualidade do poder de mandar; b) poder que, pela sua legitimidade ou legalidade, deve ser obedecido” (DINIZ, 2013, p. 74). Ora, a disciplina é o dever de obediência pronta e integral e neste sentido decorre diretamente da hierarquia-autoridade.

DI PIETRO, ao tratar do Poder Hierárquico, exprime a existência de três sentidos para a hierarquia, sendo que, acerca do terceiro sentido, concluindo quanto à existência de inter-relação entre os dois valores, diz que:

a hierarquia corresponde a uma relação pessoal, obrigatória, de natureza pública, que se estabelece entre os titulares de órgãos hierarquicamente ordenados; é uma relação de

a hierarquia corresponde a uma relação pessoal, obrigatória, de natureza pública, que se estabelece entre os titulares de órgãos hierarquicamente ordenados; é uma relação de coordenação e de subordinação do inferior frente ao superior, implicando um poder de dar ordens e o correlato dever de obediência. (2014, p. 98).

coordenação e de subordinação do inferior frente ao superior, implicando um poder de dar ordens e o correlato dever de obediência. (2014, p. 98).

No mesmo sentido MEIRELLES, após anotar que o dever de obediência impõe ao servidor o acatamento e fiel execução das ordens do superior, dita que “tal dever resulta da subordinação hierárquica e assenta no princípio disciplinar que informa toda organização administrativa”. (2006, p. 472).

Assim, ao considerarmos os crimes contra a autoridade e a disciplina militar, presentes no Código Penal Militar, devemos ter em mente que o tipo penal visa a salvaguarda destes dois bens jurídicos penais militares, caríssimos às organizações castrenses: o poder de mandar, próprio de quem está em determinado grau da escala hierárquica e o dever de obediência, a que estão sujeitos seus subordinados.

O crime de recusa de obediência no Código Penal Militar

Não sem razão, portanto, que o Código Penal Militar (Decreto-Lei 1001, de 21 de outubro de 1.969), dedicou um título inteiro à proteção destes bem jurídicos.

Trata-se do Título II, do Livro I da Parte Especial, intitulado “Dos crimes contra a autoridade ou disciplina militar”. Dentro deste título, colocou-se o Capítulo V, que traz os crimes de insubordinação, reunindo o crime de recusa de obediência, a oposição à ordem da sentinela, a reunião ilícita e a publicação ou crítica indevida.

Perceba, pois, que a insubordinação é gênero, do qual é espécie a recusa de obediência. Este é o entendimento defendido por NEVES e STREIFINGER (2013, pp. 812-813).

Pois bem: o artigo 163 do CPM assevera que praticará o crime o subordinado que se “recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução”.

Considerando que o titular dos bens jurídicos atingidos é a Instituição Militar, esta também será o sujeito passivo do delito, podendo o superior ser considerado sujeito pas-

sivo secundário. O sujeito ativo é o subordinado hierárquico ou funcional.

Trata-se de crime que exige o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de recusar-se a obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço ou relacionada a dever imposto em lei, regulamento ou instrução.

O crime se consuma no exato momento em que a recusa é expressa, razão pela qual não se admite a tentativa.

Elementos objetivos do tipo

A conduta incriminada pela norma é a recusa de obediência, isto é, o não acatamento da ordem, seu não cumprimento.

O crime se consuma no exato momento em que a recusa é expressa, razão pela qual não se admite a tentativa.

Recusar a obedecer é desobedecer. São termos que se equivalem.

O objeto da recusa é a ordem do superior, seja ela referente a assunto ou matéria de serviço, seja ela relativa a dever imposto em lei, regulamento ou instrução.

Ordem é determinação para fazer ou deixar de fazer algo e não se confunde com conselho ou pedido, como já frisado em acórdão do STM em sede de apelação, nas palavras do Eminentíssimo Ministro Artur Vidigal de Oliveira, relator:

a recusa de obediência (art. 163, CPM) pressupõe a existência de comando claro, objetivo, concreto, pessoal, direto e imperativo, referente a assunto de serviço. Meras orientações, avisos, insistências ou solicitações não constituem elementos constitutivos do mencionado delito. (apelação nº 91-48.2011.7.02.0102-SP, Relator Ministro Artur Vidigal de Oliveira, j. 24.06.13).

Em julgado recente, o Relator da Apelação nº 19-82.2015.7.10.0010/CE, Ministro José Barroso Filho, do STM, citou Renato Astrosa Herrera, no sentido de que a “ordem é a expressão da vontade do superior dirigida a um ou mais inferiores determinados para que cumpram com uma prestação ou abstenção no interesse do serviço”

A ordem do superior é ato administrativo e, por tal razão, deve preencher os requisitos de existência e validade daqueles atos. Estes requisitos, como exaustivamente enumerados na doutrina, compreendem a competência

do sujeito, a finalidade do ato, a sua forma, o motivo e o objeto.

Também a jurisprudência tem abraçado esta noção, como se nota em manifestação do STM, manifesta no relatório do Ministro Fernando Sérgio Galvão, na apelação nº 201-50.2011.7.01.0401/RJ, para quem:

como requisitos de validade da ordem, analisada sob o prisma de constituir ato administrativo, ela deve comportar os seguintes: competência (ser emitida por autoridade competente, sendo endereçada a quem deva cumpri-la); finalidade (visa ao bem comum, alvo a ser perseguido pela Administração Pública); forma (observância, quando cabível, da forma prescrita em disposições normativas); motivo (ser desencadeada por fato que, obviamente, exija a emissão da ordem); e objeto (possuir conteúdo lícito e possível).

Partindo desta premissa, portanto, vamos nos debruçar sobre a ordem do superior, analisando-a sob o prisma do Direito Administrativo, buscando delimitá-la e estabelecer suas nuances:

a) A competência do sujeito:

A ordem deve ser emitida por sujeito competente. Entendemos que é competente o superior, seja hierárquico ou funcional. A competência decorre da condição de superior. Podem ser suscitados questionamentos quando o superior hierárquico não ocupa posição de comando funcional em relação ao subordinado, no entanto estes casos específicos não merecem maior preocupação porquanto já estabelecemos que a obediência resulta do poder hierárquico.

b) A finalidade do ato objeto da ordem:

Este é o aspecto da ordem que mais gera controvérsia. Quanto ao requisito da finalidade do ato, relevante lembrar que todo ato administrativo deve visar fim público sem o que ocorrerá o desvio de finalidade. Este é o fim genérico de todo ato administrativo. Mas existem finalidades específicas a serem buscadas pelo administrador em cada caso conforme leciona JUSTEN FILHO:

em termos abstratos, toda competência é atribuída a um agente para realizar interesses a ele estranhos, para satisfazer necessidades coletivas. Portanto a finalidade teórica e abstrata de todo e qualquer ato administrativo é promover o bem comum. Mas há inúmeras manifestações do bem comum porque existem interesses públicos complexos e entre si contraditórios. O fundamental reside não em afirmar a vinculação da competência a realizar o bem comum, mas em determinar, em vista

de cada caso concreto, quais são os interesses a serem protegidos e em que medida o serão. Talvez esse seja o problema mais crucial do direito administrativo: transformar postulados abstratos e indeterminados (interesse público, bem comum) em conceitos operacionais e práticos, que permitam controlar o exercício do poder estatal. Por isso é mais adequado aludir a finalidades do ato administrativo, utilizando a expressão no plural (2014, p. 417).

Especificamente quanto ao crime de recusa de obediência, o tipo penal exige que a ordem do superior verse sobre: a) assunto ou matéria de serviço ou b) dever imposto em lei, regulamento ou instrução.

Em atenção a este aspecto do tipo penal, resta patente que a regularidade da ordem, sua validade, dependerá de sua finalidade, de modo que não é válida a ordem dada ao subordinado para que faça ou deixe de fazer alguma coisa para atender a interesse pessoal, vez que a ordem estaria viciada pelo desvio de finalidade.

Perceba que aqui não falamos da legalidade em sentido estrito da ordem e sim de sua regularidade, porque a legalidade em sentido estrito esta relacionada com o objeto da ordem (objeto lícito) e não com sua finalidade.

Utilizamos a expressão "legalidade em sentido estrito" porque o entendimento dominante na doutrina pátria caminha no sentido de que o ato viciado pelo desvio de finalidade é passível de correção pelo Poder Judiciário porque sofreria de ilegalidade em sentido amplo.

Atualmente, a jurisprudência brasileira reconhece o princípio da legalidade em seu sentido amplo, condicionando-o não somente à aplicação da lei, mas também das regras constitucionais, permitindo-se o controle de legalidade de um ato e sua revisão em face de qualquer espécie normativa, inclusive para realizar aplicação de princípios e regras constitucionais. Assim a análise de conformidade de um ato administrativo, com princípios como razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, além de outros que estão implícitos ou explícitos no texto constitucional, também representa controle de legalidade e, consequentemente, aplicação do princípio da legalidade em sentido amplo. (MARINELA, 2015, pp. 67-68).

Concluimos, pois, que há uma competência delimitada pela lei, para que o superior prolate ordens "em matéria de serviço". Tal expressão, por meio de um conceito jurídico indeterminado, autoriza um juízo discricionário do superior sobre o que seria matéria de serviço ou não. Assim se dá porque não seria possível ao legislador estabelecer

um rol exaustivo daquelas atividades que seriam típicas do serviço militar. Neste sentido JUSTEN FILHO assinala que:

[...] os conceitos jurídicos indeterminados traduzem a necessidade de diferenciar situações do mundo real. [...] A lei não dispõe de recursos para diferenciar, em termos precisos e estanques, essa realidade. A providência adequada deverá ser encontrada para cada caso concreto, de acordo com as circunstâncias ou pela imposição de uma presunção absoluta. A ausência de determinação precisa não é um defeito do conceito, mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada caso a caso. A indeterminação dos limites do conceito propicia a aproximação do sistema normativo à riqueza do mundo real. (2014, p. 421).

Desta forma, a lei faz surgir para o administrador, que neste caso é o superior hierárquico, uma margem de liberdade para dizer o que é e o que não é matéria de serviço. Trata-se da discricionariedade, que nada mais é que:

a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 436).

O superior, portanto, deverá, com base na conveniência e na oportunidade, analisando o caso concreto e guiado pela razoabilidade, dizer se esta ou aquela atividade diz respeito a matéria de serviço, não havendo necessidade de lei, em sentido estrito, dizer quais são os “assuntos ou matérias de serviço” para os policiais militares, por exemplo.

Acerca disto, nos socorrendo mais uma vez das precisas lições de JUSTEN FILHO, podemos dizer que:

a discricionariedade não é um “defeito” da lei. Não é nem desejável nem possível que as leis contenham todas as soluções a serem adotadas por ocasião de sua aplicação. Isso tornaria a atividade administrativa petrificada, sem possibilidade de adaptação para solucionar os problemas da realidade. A discricionariedade é uma solução normativa para o problema da inadequação do processo legislativo. O legislador não dispõe de condições de prever antecipadamente a solução mais satisfatória para todos os eventos futuros (2014, p. 418).

Equivoca-se, no nosso sentir, portanto, aquele subordinado que diz ser ilegal a ordem de superior sobre matéria de serviço, quando esta não esteja expressamente delimitada em lei ou outro ato normativo, justamente por conta

desta necessária discricionariedade, que não se contrapõe ao princípio da legalidade, pelo que

(...) é necessário grifar que a exata compreensão do princípio da legalidade não exclui o exercício de atuação discricionária do administrador, levando-se em consideração a conveniência e a oportunidade do interesse público, o juízo de valor da autoridade e a sua liberdade. Por ser materialmente impossível a previsão de todos os casos, além do caráter de generalidade e de abstração próprios da lei, subsistirão inúmeras situações em que a Administração terá de se valer da discricionariedade para efetivamente atender à finalidade legal e, como consequência, cumprir o princípio da legalidade. (MARINELA, 2015, p. 68).

Considerando que se trata de matéria que diz respeito à discricionariedade do superior, não seria possível ao subordinado avaliar a regularidade da ordem quanto a este aspecto, senão quando determine a prática de ato alheio completamente ao serviço policial militar, como nos casos em que o superior manda que o subordinado vá até uma instituição financeira pagar contas particulares, busque e leve seus filhos à escola, faça mudança de móveis particulares em sua residência e outras que, visivelmente têm natureza particular.

Se a discricionariedade diz respeito ao juízo de conveniência e oportunidade afeto ao superior e se aquele que recebe a ordem “[...] não tem o direito, como subordinado, de discutir a oportunidade e conveniência de uma ordem” (BITENCOURT, 2008, p. 364), resulta, mesmo, que deve cumpri-la de imediato, manifestando, assim, a sua disciplina.

O STF, na análise do HC 101.564/MG, julgado em 30.11.10, em que foi relator o Ministro Gilmar Mendes, teve a oportunidade de discutir a questão. Naquele caso, o paciente alegava manifesta ilegalidade da ordem que o mandara exercer a atividade de guarda em presídio, porque considerava que esta atividade não dizia respeito a matéria de serviço. Sustentou o relator que não haveria como “delimitar, de forma peremptória, o que seria, dentro da organização militar, ordem legal, ilegal ou manifestamente ilegal, uma vez que não há rol taxativo a determinar as diversas atividades inerentes à função policial militar”.

O juízo feito pelo eminente magistrado para concluir pela regularidade da ordem considerou, sobretudo, a sua razoabilidade, ante as condições lamentáveis e notórias do sistema carcerário no país.

Aos militares são atribuídas incontáveis tarefas a de-

pendido do local em que está lotado, das circunstâncias de momento e mesmo de suas condições pessoais. Assim não é possível dizer que determinada atividade é própria do militar e outra não porque, dependendo do caso concreto, este deverá desempenhá-la. Imaginemos que há uma greve dos metroviários e que esta greve não tenha prazo para acabar, ocasionando um colapso no transporte público na cidade de São Paulo. Por esta razão, o Governador do Estado determina que militares habilitados para tanto passem a conduzir os trens do metrô. Naturalmente a atividade não é atinente ao policial militar, mas nesta hipótese, especificamente, passará a ser.

O mesmo raciocínio é válido naquelas Unidades em que se encerra o contrato com empresa terceirizada prestadora de serviços de limpeza. Na ausência de funcionário civil para cuidar da higiene das instalações, o Comandante da Unidade deverá determinar que um policial militar subordinado seu o faça, afinal não é possível trabalhar nas instalações em meio à sujeira.

Vê-se, pois, que nem sempre a ordem que diz respeito a matéria de serviço irá tratar de assunto de natureza essencialmente militar mas também de outros que, “[...] embora sem essa característica, são indispensáveis ao funcionamento da instituição militar, como o preparo de refeições, limpeza das dependências [...]”.(LOBÃO, 1999, p. 190).

Em arremate a esta exposição sobre a elementar “assunto ou matéria de serviço” anotamos o entendimento do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo segundo o qual pratica o crime de recusa de obediência, o militar que se nega a cumprir ordem de seu superior para fechar estande de tiro após instrução¹; da mesma forma configura-se o crime com relação ao militar que se negou a auxiliar na limpeza do quartel, retirando galhos cortados de uma árvore no fundo da Companhia² e, bem assim, conforme apontado em decisão, em sede de representa-

ção para perda de graduação, incorre no crime o militar que se recusa a receber escudo de acrílico para usar em ação de reintegração de posse³.

Em nenhum destes casos, há qualquer norma administrativa ou lei em sentido estrito dizendo que as atividades são incumbência do policial militar e o seu atendimento decorre de um dever de obediência genérico, fundado na subordinação hierárquica.

A ordem do superior pode dizer respeito, ainda, a dever imposto em lei, regulamento ou instrução. Sobre estas ordens não resta muito questionamento. Aqui, enquadram-se as ordens

cujo ato determinado encontra-se descrito explicitamente na lei, no regulamento ou na instrução.

Tomemos como exemplo, o dever explicitado no artigo 13, § 2º, da Lei 8.429, de 02 de junho de 1.992, que trata da Improbidade Administrativa, e manda que o agente público entregue a declaração de bens e valores que compõem o seu patrimônio quando da posse em cargo público e determina que esta declaração seja anualmente atualizada.

Em decorrência deste dispositivo, anualmente a Administração Militar manda que seus servidores apresentem as respectivas declarações. O dever decorre de lei: pratica o crime de recusa de obediência, na modalidade de recusar a obedecer ordem sobre dever imposto em lei, o subordinado que tendo recebido ordem de direta de seu superior para que entregue a atualização anual de seus bens, nega seu atendimento.

O questionamento que surge quanto a essa modalidade de ordem diz respeito à extensão dos conceitos de “regulamento” e “instrução”, visto que há uma dissonância na doutrina.

ROSSETO, considerando que seriam regulamentos apenas aqueles editados pelo chefe do poder executivo,

O mesmo raciocínio é válido naquelas Unidades em que se encerra o contrato com empresa terceirizada prestadora de serviços de limpeza. Na ausência de funcionário civil para cuidar da higiene das instalações, o Comandante da Unidade deverá determinar que um policial militar subordinado seu o faça, afinal não é possível trabalhar nas instalações em meio à sujeira.

1 Apelação nº 6.774/13, j. 10.07.14, rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior.

2 Apelação nº 6.544/12, j. 18.03.2013, Rel. Juiz Fernando Pereira.

3 Representação para Perda de Graduação nº 1.492/15, j. 27.10.15, Rel. Juiz Clóvis Santinon.

através de decretos, assevera que “os regulamentos militares baixados pelos comandantes, que visam disciplinar determinado assunto ou serviço, não são decretos regulamentares ou regulamentos no sentido do injusto penal militar definido na 2ª parte do art. 163”. Em seguida, ao cuidar do termo “instrução”, aponta a existência de duas acepções sendo a mais abrangente aquela que compreende no

[...] vernáculo instrução, as notas de instrução, notas de serviço, manuais, que, se não cumpridos, caracterizam o crime militar da 2ª parte do art. 163. A segunda linha visa o sentido técnico da expressão, como ato normativo do Executivo, de atribuição de Ministro de Estado, cujo fim é a execução das leis, decretos e regulamentos. (2015, p. 525-526).

Assim, para o ilustre juiz de direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo, o conceito de regulamento deve ser estreitado, enquanto que o de instrução é dúbio. Por sua vez, NEVES e STREIFINGER (2013, p. 816) entendem que tanto a lei, o regulamento ou a instrução devem ser tomados de forma ampla, reunindo em si desde as leis em sentido estrito até os atos normativos próprios do executivo.

Parece-nos que este entendimento encontra-se mais adequado ao desejo do legislador ao instituir o código castrense, posto que visava obrigar o militar ao atendimento de todas as ordens, qualquer que fosse o seu supe-
dâneo. Esta é a essência da disciplina.

A adoção de uma ou de outra corrente, a nosso ver, contudo, não acarreta maiores prejuízos à disciplina, porque, como dito, as ordens dos superiores são de duas espécies: aquelas que dizem respeito a matéria ou assunto de serviço e aquelas que dizem respeito a dever imposto em lei, regulamento ou instrução.

Se adotarmos a visão segundo a qual os regulamentos militares não são essencialmente regulamentos, uma ordem que tenha fundamento em uma regra constante de regulamento militar será tida como relativa a matéria de serviço e o seu descumprimento, também neste contexto, resultará na prática do crime.

Por isso que temos defendido em diversas oportunidades que a questão tem relevância acadêmica e doutrinária, mais que operacional e prática.

c) A forma da qual se reveste a ordem do superior:

Sobre a forma, como requisito do ato administrativo, podemos asseverar que vigora uma formalidade mitiga-

da, ou seja, havendo forma prescrita em lei ou outro ato normativo, ela deve ser seguida; no silêncio da lei, qualquer forma útil à finalidade do ato será válida. Mesmo nos casos de desatendimento da forma, existe a possibilidade de convalidação dos atos, se atingiram a finalidade pública.

Por isso que a ordem pode ter a forma escrita ou não, merecendo atendimento também a ordem transmitida verbalmente. Mais que isso, podemos afirmar que nas atividades cotidianas de caserna, a maioria das ordens se dará por via verbal, num primeiro momento porque são de relativa simplicidade e fácil entendimento e num segundo momento porque não seria exigível que em situações de gravidade em que se necessita resolver problemas com compressão de tempo, que o superior parasse e redigisse uma ordem por escrito.

É certo que a ordem verbal gera para o subordinado uma maior insegurança quanto ao seu cumprimento, sobretudo se aparentar contrariedade à lei ou a regulamento. Até por isso, no Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, que instituiu o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4), há disposição no sentido de que o subordinado pode pedir confirmação da ordem por escrito quando houver contrariedade a regulamento (artigo 9º) sendo certo, todavia, que, mesmo nestes casos, o superior não está obrigado a reduzir a ordem por escrito.

Adverta-se, contudo, que ausente disposição semelhante no Código Penal Militar ou em regulamentos próprios das polícias militares, entendemos que não há que se invocar o fato de ser a ordem verbal como razão para não cumpri-la.

Contudo, até por uma questão de lealdade, cabe ao subordinado que recebe a ordem e entende que seu cumprimento pode acarretar danos a si ou a terceiros, deliberar a forma de cumprimento com o seu superior, expondo esta nuance que eventualmente não tenha sido considerada. Mantendo, o superior, a ordem dada, não há como o subordinado se recusar a cumpri-la de forma lícita. Deve cumprir a ordem, responsabilizando-se o superior pelos resultados dela decorrentes.

Ainda quanto à forma da ordem, é certo que ela pode também ser dada por interposta pessoa, isto é, o superior manda que outro militar retransmita uma certa ordem a terceiro militar. Este deverá toma-la como originária do superior e não do mensageiro, sendo

(...) III – Inadmissível a alegação de que a emissão da or-

dem indireta desconfigura o tipo penal do art. 163 do CPM. A ordem do superior hierárquico pode ser emitida de forma verbal ou escrita; pessoal e direta, entre o superior e o inferior; indireta, transmitida por terceiro ao inferior; e, ainda, geral, dirigida a vários militares. Importa que a ordem tenha relação com assunto ou matéria de serviço. (apelação nº 25-33.2014.7.03.0103 – RS, Relator Ministro Fernando Sérgio Galvão, J. 29.09.15).

d) As razões que ensejam a edição da ordem

O motivo, como requisito da ordem, revela as razões de fato e de direito que ensejaram a expedição daquele mando. O motivo que enseja a ordem deve sempre ser idôneo, verdadeiro. Isto significa que o móvel da ordem deve ser aferível, até para permitir a análise posterior de sua conveniência e oportunidade e, eventualmente, o seu controle.

Entendemos aplicável neste caso, a Teoria dos Motivos Determinantes, segundo a qual a validade do ato administrativo está vinculada à existência do motivo que o determinou.

Acerca desta teoria, ensina DI PIETRO que "(...) ainda relacionada com o motivo, há a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade". (1994, p. 175).

Nem sempre o superior terá a oportunidade de motivar a emissão de uma ordem, principalmente aquelas verbais que são próprias do cotidiano dos quartéis, contudo, como ato administrativo, as razões de fato e de direito que a ensejaram devem ser passíveis de controle, seja interno ou externo. O descompasso entre os motivos invocados e a realidade pode apontar a ocorrência de vício, seja pelo desvio de finalidade, seja pelo abuso de poder.

A Teoria dos Motivos Determinantes ganha relevância neste momento de análise da ordem porque:

segundo essa teoria, os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente. Isso significa, na prática, que a inexistência dos fatos, o enquadramento errado dos fatos aos

preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato, ainda que não haja obrigatoriedade de motivar. (MEDAUAR, 2005, 159).

Defendemos, anteriormente, que é plenamente possível, em situação de necessidade, que o Comandante destaque um policial de seu efetivo para fazer a limpeza das instalações do quartel, contudo se para tanto alegou que não havia empresa contratada para o serviço, e posteriormente se constata que havia, a ordem deixa de ser regular porque o motivo que a anima é inexistente.

Naturalmente isto não significa que o militar estará isento de cumprir a ordem. Deverá antes cumpri-la, posto que não determina a prática de ato manifestamente criminoso, todavia poderá representar seu superior posteriormente,

visando a análise quanto à responsabilidade pela ordem irregular, injusta ou ilegal, nos termos do artigo 30 do RDPM (para a Polícia Militar do Estado de São Paulo) sobretudo se houver indicativos de desvio de finalidade na expedição da ordem, como nos casos de assédio moral, de vingança ou de perseguição.

O motivo que enseja a ordem deve sempre ser idôneo, verdadeiro. Isto significa que o móvel da ordem deve ser aferível, até para permitir a análise posterior de sua conveniência e oportunidade e, eventualmente, o seu controle.

e) O objeto final da ordem:

Finalmente, diga-se que o objeto da ordem deve ser possível materialmente e juridicamente.

Se o militar recebe ordem para reparar o motor de uma viatura em quatro horas, havendo a necessidade de retífica completa das peças, não é possível que ao final do prazo, sem que o conserto se efetive, o superior queira prendê-lo em flagrante pela recusa porque não seria fisicamente possível cumprir a ordem dada.

O aspecto mais relevante quanto ao objeto da ordem é a sua possibilidade jurídica, a sua licitude. Neste ponto que trabalhamos com a questão da legalidade estrita da ordem.

A ordem deve determinar a prática de ato lícito ou a abstenção lícita de um ato. O ato lícito é aquele que está em consonância com o ordenamento jurídico da nação. Defendemos que esta análise deve ser feita considerando todo o arcabouço normativo e não apenas um juízo de formal adequação dos termos da ordem com os termos de

dada lei especificamente.

É cediço que muitas vezes a conduta humana contraria a lei, formalmente, e ainda assim não é considerada ilícita, porque abrigada em uma excludente, como ocorre no direito penal comum (artigo 23 do CP), no direito penal militar (artigo 42 CPM) e no direito civil (artigo 188 CC/02).

Assim, não se duvide que há

ordens que, em primeira análise, possuem um conteúdo ilegal com arrimo em uma comparação formal à lei, contudo, por haver respaldo na necessidade de cumprimento do dever, essa ilegalidade deve ser compreendida como mera irregularidade, assumida a responsabilidade daquele que emitiu a ordem. Trata-se, portanto, de uma ilegalidade suprida pela necessidade imposta pelo desempenho da missão constitucional da instituição militar, que a revestirá do caráter de irregular, e não de ilegal. Assim, diante de uma ordem que contrarie a lei de trânsito, mas cujo cumprimento seja necessário para que a instituição militar atinja seu escopo (...) não há falar em ordem ilegal, mas sim em ordem eivada de irregularidade, suprida pela necessidade casuística, devendo, portanto, ser cumprida sob pena de a conduta do militar que se recusar a tanto ser subsumida no tipo penal de recusa de obediência (NEVES e STREIFINGER, 2013, p. 815).

A responsabilidade do subordinado que descumpra a ordem, nestes casos, deflui do fato de que está fora do âmbito de atribuição do subordinado aferir a ilegalidade da ordem dada pelo superior, se ela não é manifesta.

Não é manifesta a ilegalidade se, diante da ordem, o subordinado precisa fazer longa perquirição sobre os seus contornos, sobre as consequências de seu atendimento, sobre seu ajuste ou não ao bloco de legalidade e assim por diante.

É este o espírito expressado pela Lei 4.717, de 29 de junho de 1.965, ao regular a ação popular, que em seu artigo 2º, parágrafo único, letra "c", dizendo dos casos em que os atos administrativos seriam considerados nulos, dispôs que "a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo".

A Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1.999, que trata do Processo Administrativo em âmbito federal, acompanha o mesmo entendimento, expressando em seu artigo 2º que a legalidade é a "atuação segundo a lei e o Direito".

Pelo exposto, resta a conclusão de que a legalidade do ato deve ser aferida segundo o chamado **bloco de legalidade**. Assim é o raciocínio que faz MAZZA em sua obra

e, tratando dos mesmos dispositivos acima citados, afirma que

a redação do dispositivo permite contemplar o que a doutrina estrangeira tem chamado de princípio da juridicidade, isto é, a obrigação de os agentes públicos respeitarem a lei e outros instrumentos normativos existentes na ordem jurídica. A juridicidade é uma ampliação do conteúdo tradicional da legalidade. Além de cumprir leis ordinárias e leis complementares (lei em sentido estrito), a Administração está obrigada a respeitar o denominado bloco de legalidade. Significa dizer que as regras vinculantes da atividade administrativa emanam de outros veículos normativos, a saber: a) Constituição Federal, incluindo emendas constitucionais; b) Constituições Estaduais e Leis Orgânicas; c) medidas provisórias; d) tratados e convenções internacionais; e) costumes; f) atos administrativos normativos, como decretos e regimentos internos; g) decretos legislativos e resoluções (art. 59 da CF); h) princípios gerais de direito. (2016, p. 100).

Se de um lado é certo que a Administração não pode criar obrigações ao particular através de atos administrativos normativos, ficando adstrita aos termos da lei, de outro é verdade que esta mesma Administração deve atuar nos estritos limites constitucionais, das leis e de seus regulamentos internos.

De modo geral a doutrina, ao tratar do tema, anota que o princípio da legalidade em âmbito administrativo impõe ao administrador o dever de agir apenas quando autorizado por lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello já anotava que "ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize". (MELLO, 2013, p. 108).

Neste sentido, em âmbito militar, o subordinado, como agente da Administração, está obrigado a cumprir todas as ordens que tenham sustentação no arcabouço de normas legais e regulamentares.

Ocorre que nem sempre é simples dizer se uma ordem determina ou não a prática de ato legal. Algumas ordens são claramente legais, outras são manifestamente ilegais e algumas aparentam ser legais, mas não o são.

e. 1. Ordens legais:

Quanto àquelas ordens que são claramente legais, aquelas que parecem e são legais, não resta dúvida que deve o subordinado atendê-las.

Ordens manifestamente ilegais:

As ordens manifestamente ilegais são aquelas ordens cuja ilegalidade salta aos olhos logo no primeiro contato com ela. Possuem uma ilegalidade visível, clara, patente. No que diz respeito aos militares, entendemos que são as ordens que determinam a prática de ato manifestamente criminoso.

Essa conclusão decorre da análise da excludente de culpabilidade da obediência hierárquica que possui tratamento diferenciado no Código Penal comum com relação ao Código Penal Militar.

Enquanto o Código Penal comum aponta que o subordinado não será punido se o fato é cometido em estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal (artigo 22 CP), o Código Penal Militar anota que também será punível o inferior, se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso (artigo 38 do CPM).

A redação é diferenciada e não é por acaso. O tratamento foi assim estabelecido porque para o militar o cumprimento das ordens representa a própria essência do dever, pelo que apenas há a excludente quando o superior manda que o subordinado pratique um crime.

Imaginemos um exemplo: em uma ação de desinterdição de via, estando um pelotão de controle de tumulto em linha formando uma barreira, o comandante emite uma ordem no sentido de que ninguém passe por aquele ponto. Uma mulher com uma criança no colo caminha na direção do pelotão e diz que vai passar. O comandante manda, então, que o atirador do pelotão faça um disparo com a espingarda calibre 12, municada com elastômero, no rosto daquela mulher. É certo que a ordem é manifestamente ilegal porque determina a prática de ato criminoso sem qualquer causa de justificação.

As ordens manifestamente ilegais, frisamos, aquelas que determinam a prática de atos criminosos, não devem ser cumpridas. Nestes casos a responsabilidade por eventual ato ilícito (seja penal, civil ou administrativo) caberá àquele que edita a ordem e também àquele que a cumpre, conforme bem aponta o artigo 38, § 2º, do CPM.

Neste mesmo sentido é a conclusão a que chegou RO-MEIRO:

Demais, o CPM é bem mais restrito que o CP comum quanto a possibilidade de descumprimento de ordens em matéria de serviço pelo subordinado, por interesse, como é óbvio, da disciplina militar. Só quando a ordem em matéria de serviço tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso deve ser descumprida, enquanto no CP comum, para tanto, basta que a ordem seja manifestamente ilegal, expressão bem mais ampla que a só abrangente de ato manifestamente criminoso (1994, p. 127).

Adverta-se que, em alguns casos, a ordem do superior sobre matéria de serviço e visando fim de interesse público, poderá contrariar regulamento e, ainda assim, não determinar a prática de ato manifestamente criminoso. Nestes casos, a ordem merecerá acatamento, não podendo o subordinado alegar contrariedade ao regulamento para deixar de cumpri-la.

Assim decidiu o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo:

(...) importante enfatizar que a utilização de “modus operandi” diverso do contido no manual nem sempre configura a prática de ato ilegal, bem porque, por mais completo e detalhado que seja um manual editado com o objetivo de estabelecer determinados procedimentos, ele não tem o condão de prever todas as mais diversas situações passíveis de ocorrer na prática.

(...)

Como bem enfatizou o Ministério Público no seu recurso, citando diversos julgados a respeito do tema:

A JURISPRUDÊNCIA ENTENDE QUE O CRIME DE RECUSA DE OBEDIÊNCIA SOMENTE É AFASTADO QUANDO A ORDEM É MANIFESTAMENTE ILEGAL – A ORDEM MERA-MENTE IRREGULAR, INCONVENIENTE, OU MESMO INOPORTUNA, NÃO AFASTA O DELITO.

Em uma Instituição organizada com base na hierarquia e na disciplina, conforme preceito constitucional, não se mostra possível aceitar tal tipo de comportamento por parte de um de seus integrantes, cuja conduta não procurou atingir apenas seu

O tratamento foi assim estabelecido porque para o militar o cumprimento das ordens representa a própria essência do dever, pelo que apenas há a excludente quando o superior manda que o subordinado pratique um crime.

Segundo o autor

superior hierárquico, mas sim a autoridade e a disciplina militar.

Se o subordinado passar doravante a tomar para si o direito de interpretar a correção ou não da ordem, não manifestamente ilegal, transmitida por um superior hierárquico, avaliando a seu critério se ela deve ou não ser cumprida, a hierarquia e a disciplina, bases de uma Instituição militar, estarão gravemente atingidas”.

(TJMSP - Apelação Criminal nº 0005109-37.2013.9.26.0040, J. 04.02.15, Relator Juiz Fernando Pereira).

Havendo necessidade de emprego de uma viatura para policiamento, por exemplo, uma Base Comunitária Móvel, e não tendo militar habilitado pela Instituição para conduzi-la, poderá o superior lançar mão de qualquer militar habilitado pelo órgão nacional de trânsito. Em que pese haver desatendimento à norma administrativa que manda que todo motorista de viatura seja habilitado pelo órgão interno de transportes, é certo que o interesse público deve se sobrepor em casos de necessidade. Não poderia o subordinado escusar-se de cumprir a ordem porque não há determinação de prática de ato manifestamente criminoso.

Ordens aparentemente legais:

Há ordens, porém, que aparentam ser legais porque são emitidas por sujeito competente, buscam o atendimento do interesse público e guardam pertinência com o serviço militar. Estão revestidas de forma exigida e possuem motivo apto, idôneo. O seu objeto, no entanto, é ilegal e esta ilegalidade está além da percepção do subordinado que a recebe, seja porque não detém o conhecimento necessário para aferi-la, seja porque, como dissemos acima, não é uma ilegalidade manifesta e, portanto, não pode ser analisada pelo subordinado.

Acerca destes casos, o Código Penal Militar prevê, em seu artigo 38, que “não é culpado quem comete o crime: (...) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços”. Também é do texto do mesmo artigo 38, em seu §1º, que vem a disposição segundo a qual, nestas hipóteses “responde pelo crime o autor (...) da ordem”.

Neste sentido o Superior Tribunal Militar considerou que:

1. Comete o crime de falsidade ideológica (art. 312 do CPM)

Em síntese, a obediência hierárquica constrói-se como um caso específico de erro, no qual incorre o subordinado que atua equivocadamente pela aparência de legitimidade da ordem.

o superior hierárquico que determina ao subordinado que confeccione nova escala de ronda, inserindo declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com a finalidade de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

2. O reconhecimento da excludente de culpabilidade de obediência hierárquica deve ser utilizado para absolver o subordinado

correu quando a ordem superior não é manifestamente ilegal. (Apelação Criminal nº 30-18.2010.7.02.0202/SP, rel. Ministro Arthur Vidigal de Oliveira, j. 07.03.13).

No caso concreto, visando evitar sua responsabilização por fato havido durante o seu serviço como Oficial de Dia, Oficial do Exército mandou que o Sargento da Guarda refizesse um relatório de ronda elaborado por outro sargento, constando informação diversa daquela que constava originalmente, acerca de novidade constatada em um dos postos de serviço. O tribunal entendeu que se o superior não disse por qual razão queria que o texto do relatório fosse alterado, não cabia ao subordinado negar-se a alterá-lo ou mesmo questionar as razões da ordem, porque esta não determinava a prática de ato manifestamente criminoso, mas apenas uma alteração de texto em relatório de serviço, sendo ordem de aparente legalidade.

Perceba que há, nestes casos, um misto de coação (pelo fato do subordinado dever obediência ao seu superior) e erro (pelo fato de ser induzido à prática do crime pelo superior).

Em síntese, a obediência hierárquica constrói-se como um caso específico de erro, no qual incorre o subordinado que atua equivocadamente pela aparência de legitimidade da ordem. Note que a dirimente em estudo nada mais é do que um misto de coação, gerada pela ordem de um superior, com o erro do subordinado, iludido pela aparência do mandamento. (CUNHA, 2015, p. 293)

O texto do dispositivo anota que a obediência hierárquica afasta a culpabilidade do subordinado, porque dele não se esperava conduta diversa.

Conclusão

Ante o exposto, percebe-se que o tema apresenta inúmeras oportunidades de análise. É certo que a finalidade do

presente texto e a limitação de suas linhas não nos permite aprofundar o estudo de alguns aspectos que mereceriam detida investigação, como o caso da competência do superior para a edição da ordem em situações que não possui domínio de técnica necessária; como no caso da Teoria dos Motivos Determinantes da edição da ordem, que poderia ser melhor aproveitada; como algumas nuances da ilegalidade em sentido amplo que poderiam ser melhor exploradas e assim por diante.

Contudo, considerando que a intenção é fomentar o debate, entendemos que o objetivo foi atingido.

Verificamos que o crime de recusa de obediência se dá quando o militar, subordinado hierárquico ou funcional, recusa-se a acatar uma ordem de superior competente, relativa a assunto ou matéria de serviço ou ainda relativa a dever imposto em lei regulamento ou instrução. Anotamos que a aferição quanto a este aspecto da ordem (se diz ou não respeito a matéria de serviço) é atribuição discricionária do superior e, como tal, foge ao controle do subordinado.

Sobre a forma da ordem dissemos que pode se dar verbalmente ou por interposta pessoa, sem que isso afete sua regularidade. Apontamos, todavia, que os motivos alegados pelo superior vinculam a validade do ato administrativo, nos termos da Teoria dos Motivos Determinantes, pelo que devem ser verdadeiros e idôneos.

Consignamos que o subordinado deve obedecer à ordem de superior e que este dever é decorrente da hierarquia militar, podendo escusar-se apenas quando a ordem determinar a prática de ato manifestamente criminoso.

Assim, diante do recebimento de uma ordem, cabe ao subordinado certificar-se daquilo que ela determina. Na dúvida, o superior deverá ser consultado. Ciente da ordem e de seu conteúdo, cabe ao subordinado arguir se a pessoa que lhe ordena tem competência para tal, ou seja, se é seu superior hierárquico ou funcional. Independente da forma ou do motivo que animou a edição da ordem, o subordinado deverá cumpri-la, exceto se, em análise prefacial, constatar que esta determina a prática de crime, quando então poderá se recusar a atendê-la.

Evidentemente, em qualquer hipótese, o subordinado que cumpre a ordem e entende que esta é irregular, injusta ou ilegal, poderá representar seu superior, nos termos do artigo 30 do RDPM, buscando com isso a sua responsabilização.

Referências bibliográficas

ASSIS, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar. 6. Ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Ad-

ministrativo. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal – Parte Geral. 3. Ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico Universitário. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar Atualizado. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

LOUREIRO NETO, José da Silva. Direito Penal Militar. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. Manual de Direito Penal Militar. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Militar Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

ROSSETO, Ênio Luiz. Código Penal Militar Comentado. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



O MÉDICO MILITAR

História, Brasil nas Guerras e Polícia Militar do Estado de São Paulo.



Major Méd PM Hilton Telles Libanori

Formado médico em 1986 pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP). Residência em Cirurgia Geral e Cirurgia do Aparelho Digestivo na FMUSP de 1987 a 1991. Doutorado em Cirurgia do Aparelho Digestivo pela FMUSP em 1997. Concursado para o Quadro de Oficiais de Saúde da Polícia Militar do Estado de São Paulo em 1991, serviu no Pronto Socorro, Cirurgia Geral e UTI do Hospital da Polícia Militar, Departamento de Perícias Médicas e atualmente na Casa Militar.

Introdução

Desde o advento da civilização, a organização dos povos em Estados teve como um dos pilares a formação de exércitos. Havia a necessidade de defesa territorial, assim como de expansão e apropriação de riquezas. Portanto, as guerras fazem parte de todos os períodos da história da civilização. A necessidade de cuidados para com os feridos desencadeou o início da atividade médica militar. Posteriormente, médicos militares passaram a participar desde o recrutamento dos soldados até a manutenção de suas melhores condições de saúde, seja no campo físico ou psicológico.

A evolução da medicina militar seguiu o desenvolvimento tecnológico dos exércitos e da medicina civil. No entanto, em muitos casos, necessidades criadas

no campo de batalha e a ação pioneira de médicos militares criaram conhecimentos que passaram a ser aplicados no mundo civil em tempos de paz. Podemos fazer um paralelo do resgate de soldados feridos do campo de batalha com o nosso sistema de resgate de acidentados no trânsito das grandes cidades. Rotinas desenvolvidas a partir do campo de batalha passam a ser amplamente utilizadas no mundo civil. Não por acaso, equipes de resgate, incluindo-se os médicos, frequentemente são militares (McCallum, 2008).

Médicos militares também desempenham grande papel na manutenção de condições sanitárias adequadas para suas tropas. Cabe lembrar que nas Guerras Napoleônicas, assim como outras, havia mais baixas causadas por doenças e epidemias que propriamente ferimentos em batalhas.

Histórico

Os relatos escritos mais antigos sobre guerras e batalhas também comentam o transporte de feridos e doentes. Está descrito, por exemplo, na *Ilíada* de Homero, de 1.000 AC. No entanto, somente no século 19 apareceram as primeiras unidades equipadas especificamente para o transporte e tratamento emergencial de soldados.

Relatos egípcios de 1.200 AC encorajavam governantes a reconhecer a economia trazida com o salvamento de soldados de carreira, que representavam um alto investimento em treinamento por parte do Estado. Durante o Império Romano foram criadas edificações conhecidas como **valetudinária** que, como enfermarias, dispunham uma linha de quartos em torno de um saguão retangular, para tratamento dos soldados feridos ou doentes. Havia nas legiões romanas quadro de médicos regulares. Os generais romanos mantinham seus legionários aos cuidados dos *medicus ordinarius*, *medicus cohortis* e *medicus legionis* que, mesmo atuando como soldados, eram responsáveis pelo cuidado com feridos nos campos de batalha e nas valetudinaria. Interessante que os médicos não constituíam um quadro separado. Atuavam como soldados regulares e socorriam os feridos.

Já a ideia de socorrer os inimigos feridos é bem mais recente. Exércitos desde Alexandre o Grande até os Romanos aproveitavam os prisioneiros (aqueles com boa condição) como escravos. Já em períodos seguintes, os exércitos não praticavam nenhum tipo de humanitarismo. Feridos eram sacrificados ou abandonados. Essa prática mudou a partir de 1552 quando o exército espanhol, durante as batalhas de Metz e Théroouanne, em 1553, resolveram salvar seus prisioneiros.

Nas cruzadas, várias Ordens de Cavaleiros financiavam peregrinos que cuidavam dos feridos e doentes. Estes eram transportados em padiolas suspensas entre dois cavalos. Os germânicos estabeleceram o Hospital de Santa Maria da Ordem dos Cavaleiros Teutônicos em Jeru-

salém, no ano de 1143.

Durante a idade média, na Europa, médicos normalmente tratavam dos oficiais, sendo que os soldados acabavam nas mãos de “barbeiros cirurgiões”, curandeiros e charlatães, pagos com verbas estatais. Com o estabelecimento de grandes exércitos de mercenários houve aumento considerável do pessoal médico, necessário para o cuidado dessa nova classe de combatentes.

Na França, Carlos o Calvo (1433 - 77) mantinha um cirurgião para cada companhia de 100 lanceiros, além de manter em sua base seis clínicos, quatro cirurgiões e 40 assistentes para atendimento dos feridos em combate.

Já no reinado de Henrique IV (1589 - 1610), a França já dispunha de hospitais militares fixos e serviços de ambulância e primeiros socorros. Ainda assim, muitos comandantes consideravam os feridos como estorvo que os impediavam de avançar, sendo pouco investido no suporte médico (John S. Haller, 2011).

Com o surgimento das armas de fogo no século XVI, houve um importante desenvolvimento das técnicas cirúrgicas. Nessa época, as cirurgias consistiam basicamente de amputações de membros feridos e infectados.

Após a secção do membro, a hemorragia era estancada através de óleo fervente aplicado diretamente na ferida. O grande cirurgião francês Ambroise Paré (1510-90) desenvolveu o conceito de ligadura das veias e artérias com instrumentos e fios cirúrgicos, como se faz hoje em dia. Ele também questionou a ideia que os projéteis de arma de fogo eram envenenados e necessitavam óleo fervente. Paré também suspeitou que moscas fossem vetores de infecções, quando não se conhecia nem as bactérias.

Durante as Guerras Napoleônicas (1803-15), doenças foram as maiores causas de mortalidade. Como mencionado, o tratamento mais comum para ferimentos graves, tratáveis à época, era a amputação de membros. Cirurgiões reutilizavam os mesmos instrumentos inúmeras vezes sem mesmo lavá-los. Quando lavavam as mãos, o faziam em água suja. Inacreditáveis 505.657 soldados morreram

Médicos militares também desempenham grande papel na manutenção de condições sanitárias adequadas para suas tropas. Cabe lembrar que nas Guerras Napoleônicas, assim como outras, havia mais baixas causadas por doenças e epidemias que propriamente ferimentos em batalhas.

por doenças, enquanto 45.000 sucumbiram em ação, incêndio ou afogamento. Condições sanitárias precárias levaram a doenças e epidemias, os maiores inimigos dos exércitos (Samuel Dumas, 1923).

As Guerras Napoleônicas, no entanto, trouxeram grandes avanços à medicina militar. O **Baron** Dominique Jean Larrey, considerado por muitos como o pai da medicina de combate, plantou os fundamentos do resgate médico como nós conhecemos hoje, através das suas **ambulance volante**. Larrey foi também um dos pioneiros no conceito de trazer suporte médico para a linha de frente da batalha. Esses conceitos foram utilizados posteriormente nas unidades médicas móveis norte-americanas (Booker King, 2005).

A Guerra da Criméia (1853 – 56) opondo a Rússia de um lado a Inglaterra, França e Império Otomano do outro, foi um dos maiores desastres médicos de todos os tempos. Entre os britânicos feridos tratados no hospital militar em Scutari, a mortalidade entre os amputados era cerca de 30%. Já nos hospitais militares franceses 42% dos pacientes morriam, o que era taxa de mortalidade semelhante à da Idade Média. O fato marcante foi a chegada da enfermeira Florence Nightingale em novembro de 1854 após a batalha de Balaklava. Ela foi a responsável pela introdução de padrões de higiene e saneamento nos hospitais militares britânicos. À sua chegada, a taxa de mortalidade no hospital em Scutari era 44%. Como resultado de seus esforços, a taxa caiu a míseros 2% ao final da guerra (Crosby, 1993).

A febre tifoide era uma das principais epidemias a aniquilar exércitos. A descoberta da vacina contra a *Salmonella typhi* por Sir Almroth Wirght em 1897 foi inicialmente testada em voluntários no corpo médico das forças britânicas na Índia. Já na Primeira Guerra Mundial (1914 - 18) a maioria dos soldados britânicos estava imunizada (NHS choices, 2013).

A Primeira Guerra Mundial foi o primeiro grande conflito onde o número de baixas por ferimentos de batalha excedeu o de baixas por doenças. Vários avanços foram produzidos no campo da cirurgia do trauma, ortopedia e cirurgia plástica. Também nessa época foram realizadas as primeiras tentativas bem sucedidas de estocagem de sangue para transfusão. Após a guerra, centenas de milhares de soldados voltaram aos seus países sofrendo de *shellshok* ou "trauma de guerra", conhecido hoje como transtorno do estresse pós-traumático. Não se conhecia tratamento para esse mal, que foi um grande desafio para a psiquiatria (Silva, 2008).

Na Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), o ad-

vento de unidades médicas móveis levou a importante diminuição nas baixas entre feridos, comparado a guerras anteriores. Médicos e padioleiros acompanhavam a frente de batalha. Feridos passaram a ser transportados por ambulâncias. Houve estruturação de rede de atendimento hospitalar na retaguarda, os chamados *Field Hospitals*, normalmente junto a campos de pouso para facilitar o transporte, e hospitais gerais. Havia uma melhor organização dos quadros de saúde, com médicos, enfermeiros, dentistas e auxiliares. A imunização dos soldados, assim como o advento dos antibióticos, no caso a penicilina e a sulfonamida, trouxeram grande impacto na diminuição da mortalidade por doenças junto às tropas aliadas.

Os antibióticos eram desconhecidos entre os médicos do Eixo¹, o que trouxe grande vantagem aos aliados. Ao final da guerra, ficou clara a necessidade de agilizar o transporte de feridos do campo de batalha para unidades cirúrgicas que estivessem mais próximas das hostilidades (Gabriel, 2013).

Na Guerra da Coréia o atendimento foi melhorado via transporte aéreo com helicópteros para os chamados Hospitais Cirúrgicos Militares Móveis, do inglês MASH, com grande resolutividade, a minutos do front. Os MASH não só salvaram milhares de vidas nos conflitos em que os Estados Unidos da América se envolveram desde então, mas também trouxeram grandes conhecimentos para o mundo civil. A padronização do atendimento do paciente traumatizado, seja hospitalar ou pré-hospitalar, foi em grande parte derivada dessa experiência. As unidades MASH foram utilizadas até a operação *Iraqi Freedom* ou "Libertação do Iraque" em 2003. Atualmente o Exército Americano substituiu o MASH por Hospitais Cirúrgicos de Combate (CSH) e Equipes Cirúrgicas de Vanguarda (FST), que contam com equipamentos de alta complexidade, portáteis, rapidamente montados e desmontados em barracas especiais, climatizadas e reproduzindo ambiente asséptico de sala cirúrgica (Booker King, 2005).

Médicos Brasileiros na Guerra do Paraguai

Voltamos na história aos anos da Guerra da Criméia e suas epidemias. Na Guerra do Paraguai (1864 – 70), febre tifoide e paratifoide, assim como a cólera, varíola e malária, entre outras, foram responsáveis pelas maio-

¹ Eixo: Aliança militar entre Alemanha, Itália e Japão durante a Segunda Guerra Mundial

res baixas nos exércitos envolvidos. Não se conhecia a transmissão pela água contaminada, ainda acreditando-se em “miasmas”^{2,2}. Dados oficiais contam que dos 160 mil brasileiros envolvidos, 40 mil tenham morrido. Já cerca de 75% da população paraguaia teria sido dizimada, principalmente devido a epidemias (Dourado, 2011) (Lehn, 2012).

Segue relato do Alferes do 5º Regimento de Cavallaria Ligeira Francisco de Assis Trajano de Menezes, Ajudante de Campo do General Osório:

O Exército nesse dia, não passava de um chão de calamidades. A soldadesca nua, a officialidade desgostosa em consequência da Ordem do Dia nº 17 que publicou o combate de Paysandú. Uns, pedindo justiça pelo desprezo ou olvido a que foram atirados os seus serviços; outros, inspeccionando-se de saúde e fazendo-se julgarem-se inválidos; muitos pediram licença; enfim, a magua, o descontentamento era o que se manifestavam desde os soldados até aos officiaes superiores. Chegavam ao campo, logo encontravam o frio que os congelava, a diferença na alimentação, outra maneira de vida, a varíola que assolava as febres; enfim, muitos não sobreviveram a taes rigores. Um Batalhão do Pará que o Ministro da Guerra recommendára ao General como de nadadores e mesmo de um pessoal robusto, em poucos dias tão dizimado ficou, que o General teve que dissolver-o, mandando para outro Batalhão o seu commandante que era um tenente commissionado no posto de Tenente-Coronel e alguns poucos officiaes que resistiram as intempéries (OSÓRIO, 1915:82 apud DOURADO, 2011:6).

À época, o Brasil contava com duas Faculdades de Medicina, uma em

Salvador e a outra no Rio de Janeiro, ambas fundadas em 1808 por Dom João VI. O Exército Brasileiro tinha o seu corpo de oficiais médicos, assim como enfermeiros e farmacêuticos. No entanto, foi necessária a convocação, inicialmente de voluntários e posteriormente compulsória, de médicos, professores e alunos das escolas médicas.

Consta que na invasão do Mato Grosso pelas forças paraguaias, que deu início ao conflito, vários médicos militares sucumbiram, levando a uma resistência inicial ao alistamento de voluntários. No entanto, num segundo momento, vantagens financeiras atraíram médicos civis contratados diretamente pela corte, assim como estudantes de último ano que tiveram seu internato validado na guerra. Altos vencimentos, acima de dez vezes o pago regularmente à época, e o posto de Capi-

tão ou Major foram grandes atrativos. Cabe lembrar que os médicos que haviam se voluntariado no início da convocação receberam a graduação de Soldado. Os médicos contratados gozavam ainda de regalias quanto à disciplina militar, o que criou rugas com o oficialato combatente, principalmente capitães e tenentes, além dos próprios oficiais médicos militares de carreira. Vários estudantes ao final do internato, cumprido na guerra, voltaram às faculdades para o doutoramento e foram reengajados, já que o Exército os deu essa opção.

Os médicos e os estudantes de medicina incorporados trabalharam nos chamados hospitais temporários, improvisados em construções já existentes, compostos de enfermarias e leitos. Entre outros locais, os principais localizavam-se em Humaitá no Paraguai e Corrientes, Argentina. Permaneciam lotados, sem condições sanitárias ou preceitos de antisepsia, mesmo considerando-se materiais utilizados nos pacientes.

Com o final do conflito, a maioria desses médicos pode se estabelecer em condições privilegiadas. Houve mortalidade, principalmente entre os médicos militares de carreira, que eram mais expostos ao conflito. Alguns médicos contratados faleceram, principalmente por doenças (Felix Jr, 2009).

Médicos Brasileiros na Segunda Guerra Mundial

A Força Expedicionária Brasileira (FEB), criada em 29 de março de 1943, contou com efetivo de 25.334 brasileiros que começaram a chegar à Itália em 2 de julho de 1944 e lá permaneceram até o final das hostilidades. Apesar das dificuldades do terreno montanhoso e do rigoroso inverno, a FEB conquistou sucessivas vitórias. Houve 443 combatentes mortos, menos de 2%. A FEB teve, entre os aliados, uma atuação excepcional e pode contar com um eficiente apoio de saúde (Maximiano, 2010).

O Serviço de Saúde da FEB contou com efetivo de 1.359 militares e teve como base Serviço de Saúde Americano. Foi comandado pelo Coronel Médico Emanuel Marques Porto. Na linha de frente estavam os heroicos padioleiros, mas o atendimento percorria os postos de socorro de Batalhão, Regimento / Brigada, Companhia de Saúde e Batalhão de Saúde. A seguir vinha a cadeia hospitalar de atendimento.

Os médicos da FEB atuaram principalmente no atendimento primário na zona de combate. O Serviço de Saúde também tinha atuação no serviço dentário, no posto avançado de Neuropsiquiatria e nas Seções Hospitalares, em hospitais americanos. Foi criada uma seção brasileira dentro da organização americana. No entanto, não havia distinção no atendimento.

² A teoria dos “Miasmas”, anterior à microbiologia, considerava os odores produzidos por doenças e necrose de tecidos como os responsáveis pela transmissão das mesmas, e não o contato com microrganismos (Science Museum/SSPL). Daí o antigo costume de defumar ambientes para “afastar os miasmas”.

Brasileiros cuidavam de americanos e vice-versa.

Os Serviços de Saúde da FEB atenderam mais de 10 mil pacientes, além de atenderem, sempre que possível, a população civil. Quando da rendição da 148ª Divisão alemã, os prisioneiros feridos foram tratados, operados e muitos salvos com o uso da penicilina, ainda desconhecida dos alemães.³³ Também cabe salientar o atendimento do Posto Avançado de neuropsiquiatria em Ponte Della Venturina, no tratamento dos chamados “neuróticos”.

O 1º Grupo de Caça da FAB também levou seu corpo médico, instalado no *12th Station Hospital*, em Tirrena-Livorno, próximo à base aérea de Pisa.

O atendimento a civis constou de combate a epidemias como as de sarampo, coqueluche, pneumonia atípica, **hepatites infecciosas e outras, fazendo-se ainda tratamento e profilaxia** de doenças sexualmente transmissíveis.

As estatísticas da qualidade do atendimento são impressionantes. Apenas 49 pacientes brasileiros faleceram em hospitais. O total de feridos em ação de combate foi de 1.577 e de acidentados, 1.145, sendo 487 em combate. A mortalidade hospitalar foi 0,4% (Guio, 2008).

Cabe salientar a atuação do então Prof. Dr. Alípio Corrêa Netto. Além de sua experiência como médico militar na revolução de 1932, fez carreira universitária galgando o cargo de Professor Catedrático de Cirurgia na Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, exercido de 1935 a 1968, deixando uma longa lista de eminentes discípulos. Alistou-se na FEB e teve atuação destacada a ponto de receber elogios diretos do General Mark Clark, comandante do 5º Exército Americano e das forças aliadas na Itália (Bengliomini, 1990). Coube ao Major Médico Alípio Corrêa Netto comandar o *32nd Field Hospital*, em Valdibura, no sopé do Monte Castelo, apesar de ser uma unidade americana (Guio, 2008).

A Atuação do Médico na Polícia Militar do Estado de São Paulo.

O Centro Médico da Polícia Militar do Estado de São Paulo (CMed) foi fundado em 1892, tendo no Hospital da Polícia Militar (HPM), na Invernada do Barro Branco, seu ícone. Os médicos militares da PMESP atuam não somente no Hospital, mas em todos os níveis de atendimento, sendo o primário realizado nas Unidades Inte-

³³ A teoria dos “Miasmas”, anterior à microbiologia, considerava os odores produzidos por doenças e necrose de tecidos como os responsáveis pela transmissão das mesmas, e não o contato com microrganismos (Science Museum/SSPL). Daí o antigo costume de defumar ambientes para “afastar os miasmas”.

gradas de Saúde (UIS) espalhadas por todo o Estado em batalhões da PM. O atendimento secundário ocorre nas policlínicas e ambulatórios de especialidades no CMed. Há o atendimento terciário realizado no CMed através do Pronto Socorro, internações, cirurgias, UTI, além da reabilitação no Centro de Reabilitação. Ou seja, tudo o que demanda o atendimento de cerca de 150.000 vidas, contando policiais ativos e inativos (Vilicic, 2009).

No entanto, o caráter militar do atendimento tem suas peculiaridades. As inspeções anuais de saúde são realizadas como atendimento preventivo no intuito de garantir as melhores condições de saúde dos militares. O médico militar está inserido na tropa, conhecendo seu efetivo e trabalhando junto ao comando de cada batalhão na promoção de saúde e diminuição dos índices de absenteísmo.

Compete também ao médico PM assessorar o comando no desenvolvimento e utilização de materiais, de forma a evitar lesões e acidentes.

O médico PM tem ação fundamental nas Juntas de Saúde, atuando no recrutamento e seleção de candidatos e em perícias médicas que analisam a capacidade laboral para que os policiais possam receber licenças para tratamento médico, ou mesmo ser aposentados por motivo de saúde. Tudo calcado nas melhores práticas médicas e controle de processos periciais, com perfeita identificação com os valores institucionais, permitem que a PMESP tenha um dos menores índices de absenteísmo no Estado de São Paulo, quando comparada a outras Secretarias de Estado.

Devem ainda ser destacadas as funções de medicina tática junto à tropa em grandes eventos, catástrofes, epidemias e em missões específicas da PM. Importância fundamental no aspecto militar é a permanência de equipes médicas de prontidão permanente, sob o comando



único da PM.

Não há dúvida do maior comprometimento ao cumprimento da missão dentro da doutrina militar. O fato de responder ao mesmo comando também resolve inúmeros problemas em caso de necessidade. Dentro de uma operação comandada pela PM, fica mais difícil lidar e contar com equipes médicas civis, oriundas de outras Secretarias do Estado, ou mesmo do município. Em vários países e em alguns Estados do Brasil, a função de resgate é realizada por médicos militares.

Conclusão

Exércitos acompanham a história da civilização desde suas origens. Da mesma forma a medicina militar. Esta, por sua vez, teve sua evolução pautada no desenvolvimento científico e na evolução das técnicas de combate. Uma influenciou a outra. Da época de tratamento de ferimentos com óleo fervente até a utilização de salas de operação completas montadas em barracas junto ao campo de batalha passaram-se séculos.

Durante a maior parte da história o grande inimigo de todos os exércitos foi a mortalidade por doenças e epidemias. A ignorância quanto à patogenia e transmissão das doenças infecciosas tornava o ambiente de confinamento de tropas, assim como navios de guerra extremamente propícios para o desencadeamento de surtos e epidemias. O desenvolvimento da microbiologia, principalmente a partir do final do século XIX, assim como vacinas e antibióticos no século XX, mudou essa realidade.

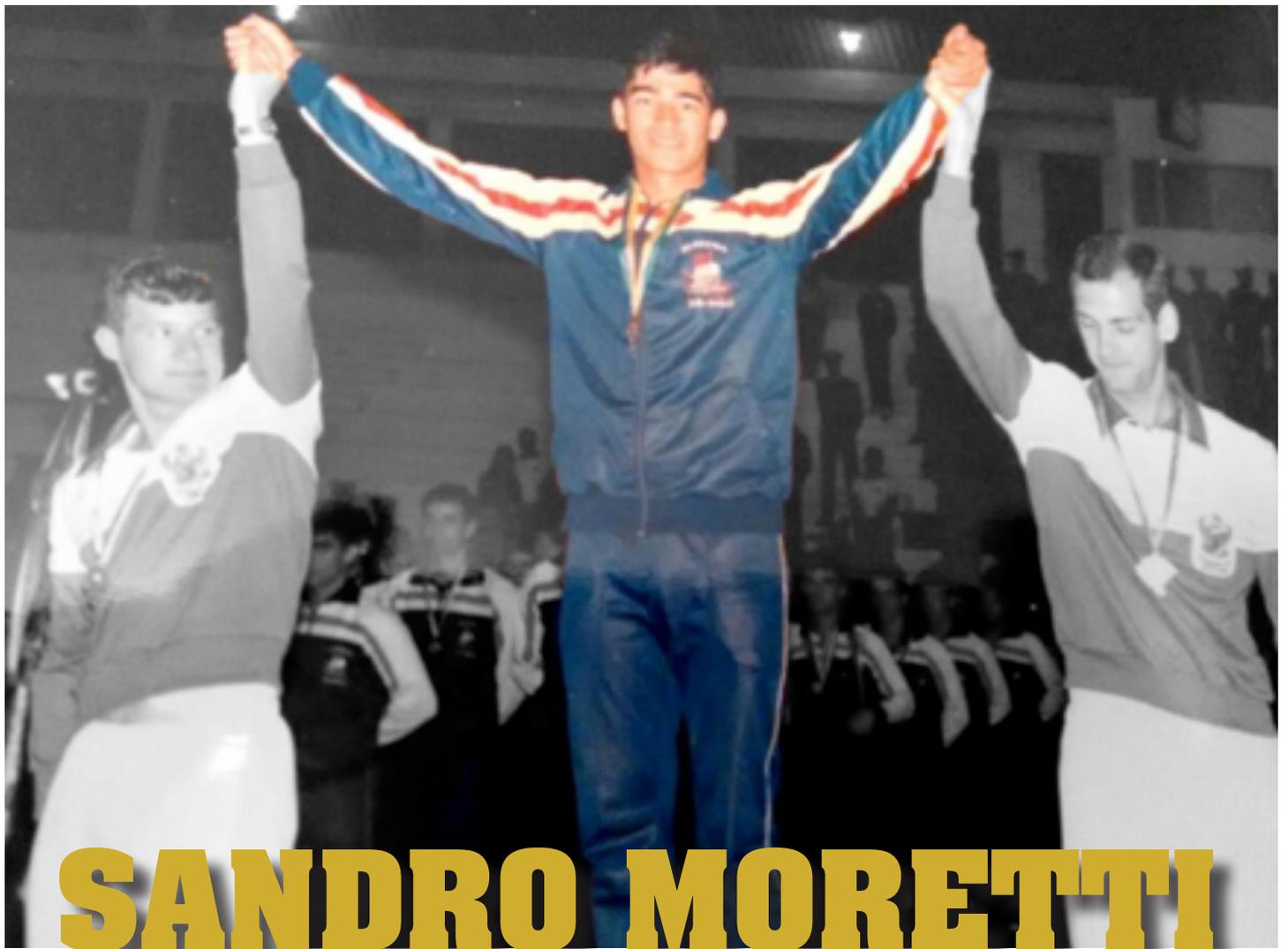
A partir da Segunda Guerra Mundial, a ênfase foi rapidez e padronização do atendimento de feridos. Todos os conhecimentos gerados nesse campo passaram a ser utilizados na vida civil no tratamento de acidentados seja no trânsito ou catástrofes.

O Brasil tanto na Guerra do Paraguai como na Segunda Guerra Mundial teve ampla participação de médicos militares. Estes eram militares de carreira, reservistas convocados ou voluntários. Agiram com perícia, coragem e humanidade. Frequentemente também cuidavam das populações civis e de prisioneiros de guerra.

A PMESP conta com o já centenário Quadro de Oficiais de Saúde. Este vem ampliando sua atuação, não mais se atendo somente aos cuidados e promoção de saúde, exames de seleção e perícias. Recentemente passou a contar com equipes de medicina tática, para apoio de operações policiais militares e de corpo de bombeiros em todos os níveis, inclusive situações de calamidade, catástrofes e epidemias. Esta iniciativa coloca os médicos policiais militares ao lado da tropa, em sua atividade fim.

Bibliografia

- Bengliomini, H. (1990). **Alípio Corrêa Netto**. Acesso em 20 de 06 de 2015, disponível em Academia de Medicina de São Paulo: <http://www.academiamedicinasao-paulo.org.br/biografias/12/BIOGRAFIA- ALIPIO-CORREA-NETTO.pdf>
- Booker King, I. J. (2005). The mobile Army surgical hospital (MASH): a military and surgical legacy. **J Natl Med Assoc**, **97(5): 648–656**, pp. 648–656.
- Crosby, W. H. (1993). A History of Military Medicine - book review. **N Engl J Med**, **328:1427-1428**.
- Dourado, M. T. (2011). DOENTES E FAMINTOS: COTIDIANO DE UM SOLDADO NA GUERRA DO PARAGUAI (1864-1870). **Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH**.
- Felix Jr, O. S. (2009). A MEDICINA DA BAHIA NA GUERRA DO PARAGUAI. **Revista História & Perspectivas**, pp. (51) 299-333.
- Gabriel, R. A. (2013). *Between flesh and steel: a history of military medicine from the Middle Ages to the war in Afghanistan*. Dulles: Potomac Books.
- Guio, I. T. (2008). HISTÓRIA DA ATUAÇÃO DOS MÉDICOS DO SERVIÇO DE SAÚDE DA FORÇA EXPEDICIONÁRIA BRASILEIRA NA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. **Trabalho de conclusão de curso apresentado à Escola de Saúde do Exército**. Rio de Janeiro.
- John S. Haller, J. (2011). *Battlefield Medicine: a history of the military ambulance from the Napoleonic Wars through World War I*. Chicago: Southern Illinois University Press.
- Lehn, C. (31 de 01 de 2012). **Doenças na Guerra do Paraguai**. Acesso em 20 de 06 de 2015, disponível em Falandodemedicinaehistoria.blogspot.com.br/2012/01/doencas-na- guerra-do-paraguai.html
- Maximiano, C. C. (2010). **BARBUDOS, SUJOS E FATIGADOS - SOLDADOS BRASILEIROS NA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL**. São Paulo: Grua.
- McCallum, J. E. (2008). *Military medicine: from ancient times do the 21st century*. Santa Barbara: ABC-CLIO, Inc.
- NHS choices. (08 de 02 de 2013). *NHS choices*. Acesso em 20 de 06 de 2015, disponível em Military Medicine Timeline: <http://www.nhs.uk/Tools/Pages/militarymedicine.aspx>
- Samuel Dumas, K. O.-P. (1923). *Losses of Life Caused by War*. Oxford: Clarendon Press.
- Science Museum/SSPL. (s.d.). *Science Museum Brought to Live - Exploring the History of Medicine*. Acesso em 20 de 06 de 2015, disponível em Miasma Theory: http://www.sciencemuseum.org.uk/broughttolife/techniques/miasmatheory.a_spx
- Silva, C. L. (2008). NAS TRINCHEIRAS DA MENTE: NEURASTENIA, SHELL SHOCK E PRIMEIRA GUERRA MUNDIAL. **Revista Eletrônica Tempo Presente**, pp. Ano 3, Nº24.
- Vilicic, F. (25 de 09 de 2009). **Hospital da Polícia Militar: Quando os soldados tombam**. Acesso em 20 de 06 de 2015, disponível em Veja São Paulo: <http://veja.abril.com.br/materia/hospital-da-policia-militar-quando-os- soldados-tombam/>



SANDRO MORETTI

Oficial PM, renomado Atleta.

Adilson Luís Franco Nassaro

Coronel da Polícia Militar do Estado de São Paulo (PMESP), Chefe do Centro de Comunicação Social, possui mestrado e doutorado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública (CAES), mestrado em História (UNESP), bacharelado e pós-graduação em Direito (FIG/EPM).



Celso Ricardo de Souza

Capitão da PMESP, Chefe da Seção de Relações Públicas do Centro de Comunicação Social, possui bacharelado em História (USP), mestrado (Universidade de Bourgogne) e licenciado em Educação Física pela Escola de Educação Física da PMESP.



O Brasil recebeu em 2016 os Jogos Olímpicos. Pela primeira vez na História, os brasileiros puderam vivenciar a experiência das competições e a proximidade com o grandioso evento que tem comovido a Humanidade desde sua criação na Antiguidade Clássica e sua retomada na "Era Moderna" em 1896, por iniciativa do Barão de Coubertin, em Atenas.

Com o mesmo espírito e imbuído fortemente pelo esportismo, um Oficial da Polícia Militar do Estado

de São Paulo, Sandro Moretti Silva Andrade, registrou uma carreira repleta de conquistas no Pentatlo Moderno e chegou a participar das seletivas dos Jogos Olímpicos de Seul naquela modalidade "[...] elevando o conceito da Polícia Militar internacionalmente."¹

"Atleta de natação, já detentor de inúmeros fei-

¹ POLÍCIA MILITAR. A Força de São Paulo. Pentatlo moderno. São Paulo, fev. 1991.

tos na Academia de Polícia Militar do Barro Branco (APMBB), com incomum capacidade esportiva, não foi difícil adaptar-se em curto espaço de tempo às dificuldades de uma prova combinada tão exigente e com peculiaridades que se reportavam a vida na caserna como era o Pentatlo Moderno.”²

Uma breve carreira, um grande sucesso

O Pentatlo Moderno “[...] remonta ao século XVIII, quando se idealizou serem criados

super soldados, com plena habilidade física e perfeito controle emocional.”³ A modalidade consiste em cinco provas, quais sejam: esgrima, natação, tiro, corrida rústica e equitação. A prova de esgrima pode durar mais de 10 horas! A natação prevê um percurso de 300 metros nado livre. O tiro é composto de quatro baterias de cinco tiros, distância de 25 metros, com índice máximo de 200 pontos. A corrida rústica (Cross Country) é feita em 400 metros em terreno variado e a prova de equitação é composta de 18 obstáculos no tempo de 1min40seg e o cavalo é sorteado pelos promotores da prova.

Sandro nasceu em 25/05/1965 em Nova Granada/SP (região de São José do Rio Preto) e, em 04/02/1985, aos 19 anos, ingressou na Academia (APMBB) como Aluno-Oficial (Cadete) sob o RE 852119-A. Em 1987, foi incentivado por oficiais instrutores a participar dos Jogos Acadêmicos realizados no Estado do Rio Grande do Sul (âmbito nacional). Conquistou o 1º Lugar, integrando equipe com os Alunos-Oficiais Sérgio Ricardo, Marcelo Sanches e Norlei (os três também de sua turma acadêmica, Aspirantes-a-oficial em 1988), além de Corrêa Leite (Asp Of 1987) e Merino (Asp Of 1989)⁴. Os companheiros de equipe se recordam com saudosismo e respeito daqueles momentos em que treinavam no Clube Tietê, entre outros clubes da zona norte capital, quando competiam na modalidade e acompanhavam as conquistas de Sandro Moretti. Ressalte-se que outros Alunos-Oficiais como Eliane Nikoluk, hoje Coronel PM e Fabiana Bergamin, hoje Tenente-Coronel PM, também atuaram posteriormente na mesma modalidade esportiva, a partir do exemplo da precursora equipe da APMBB que teve como maior expressão o cadete

Sandro Moretti.

O início vitorioso no Pentatlo Moderno impulsionou uma trajetória de êxitos do atleta chegando a Campeão Brasileiro e tendo participado de campeonatos mundiais nos Estados Unidos (EUA), na França, na Hungria, além do Campeonato Sul-Americano.

Também disputou um Pré-Olímpico realizado em 1990 nas cidades de Porto Alegre/RS, Montevideo (Uruguai) e Santiago (Chile). Nesse Pré-Olímpico, integravam a equipe brasileira: Sandro Moretti, Marcelo Sanches e o civil Castilho.⁵

Declarado Aspirante-a-oficial em 15 de dezembro de 1988, com sua formatura no Curso de Formação de Oficiais, Sandro passou a atuar profissionalmente com o mesmo vigor, voluntarismo, espírito humanístico e público, em especial nas funções operacionais da Polícia Militar. Serviu nas seguintes unidades: CPA/M-2, APMBB, 1º BPChq, 4º BPChq, EEF, 17ºBPM/I, CPChq, 4º BPM/I, 3º BPChq, PMRG, 16ºBPM/I, CAES, 50º BPM/M e, por último, no 1º BPM/M. Com seu marcante entusiasmo e facilidade de comunicação, angariou inúmeras amizades na Instituição.

Infelizmente, em 07/12/2011, aos 46 anos de idade, durante um apoio prestado no atendimento de uma ocorrência com reféns na zona sul da capital paulista, área do 1º BPM/M (hoje área do 50º BPM/M), o então Major PM Sandro Moretti foi fatalmente alvejado por um criminoso.⁶

Sua morte prematura representou grande perda do Oficial, do atleta, de um companheiro especial. “Partiu assim o profissional e brilhante atleta, o amigo de sorriso fácil e um pouco da história de um dos tantos precursores que a Polícia Militar do Estado de São Paulo já teve em tão diversas áreas das

5 Entrevista com o Cel PM Marcelo Sanches em 20 ago. 2016.

6 Breve histórico da ocorrência: “Em 07/12/2011, quando na prática de roubo a estabelecimento comercial (Loja de Material para Construção), na zona sul de São Paulo, 03 (três) indivíduos foram surpreendidos por viatura do Programa de Policiamento “190”, que evitaram a consumação do delito. 02 (dois) dos indivíduos fugiram e 01(um) permaneceu no local mantendo como reféns 07 (sete) pessoas. Foi realizado o cerco e iniciaram-se as negociações. O então Major PM Sandro teve ciência da ocorrência, pois se encontrava na sede do 1º BPM/M, se dirigiu para o local e iniciou a fase direta de negociação o que resultou na liberação de 04 (quatro) reféns. A negociação teve sequência e, após o ato de rendição do indivíduo, sem qualquer motivo aparente, este efetuou disparos de arma de fogo contra os policiais que ali se encontravam. Ocorreu o confronto, com troca de tiros, e o Major Sandro foi alvejado juntamente com o Sd PM Cavalcante e o próprio agressor. Todos foram socorridos ao PS do Hospital Geral da Estrada M Boi Mirim. O Sd PM Cavalcante foi medicado e liberado, o Major PM Sandro não resistiu aos ferimentos, assim como o agressor, ambos entrando em óbito.”

2 Entrevista com o Cel PM Corrêa Leite em 31 ago. 2016.

3 PM, op. cit.

4 LEITE, op. cit.

atividades humanas, profissionais ou esportivas.”⁷

Sandro Moretti foi promovido post mortem a Tenente-Coronel PM a contar de 07/12/2011⁸ e lhe foi outorgada pelo Comando Geral a medalha “Cruz e Sangue”, em Grau Ouro, recebida pela viúva Alessandra Quessada Maschio.⁹

Por iniciativa do então Vereador Coronel Telhada, em São Paulo, capital, foi aprovada a Lei Municipal n. 16.322, de 1º de dezembro de 2015, que denominou “Praça Major Sandro Moretti Silva Andrade” o espaço livre localizado no Distrito de Vila Sônia, subprefeitura Butantã, na capital paulista, em homenagem ao insigne Oficial.

Por fim, também por iniciativa do Coronel Telhada, posteriormente Deputado Estadual, foi proposta Lei Estadual que denomina a sede do CPA/M-10 (Comando de Policiamento de Área da Zona Sul), atribuindo-lhe o nome do Tenente-Coronel Sandro Moretti Silva Andrade em sua memória e homenagem. O projeto de lei obteve apoio do Comando Geral da Polícia Militar e já tramitou em todas as comissões obrigatórias da Assembleia Legislativa, aguardando-se a melhor oportunidade para sua aprovação.

A memória de Sandro Moretti e seu exemplo ficam fortemente marcados nas presentes e futuras gerações da Polícia Militar.

Que sua trajetória esportiva ora registrada inspire novos atletas para a Polícia Militar!

Nas ilustrações seguintes, Sandro participa do Campeonato Mundial de Pentatlo Moderno em San Antonio/Texas em [1991].

7 LEITE, op. cit.

8 A Sindicância de Portaria CPAM10-010/13/11 apurou o ato em serviço que resultou em sua morte, com publicação da decisão da Comissão de Promoção de Oficiais (CPO) no Diário Oficial do Estado (DOE) nº 210, de 06/11/2013 e no Boletim Geral PM nº 212, de 07/11/2013.

9 Sandro Moretti Silva Andrade, RG 14.403.294, era filho de Waldir Andrade e de Odília Silvia Andrade. Casado, deixou a viúva Alessandra Quessada Maschio e os filhos: Jeremias Atanazio Nascimento (nascido em 18/12/1991), Sandro Moretti da Silva Andrade Júnior (nascido em 01/02/1994) e Luiza Maschio Andrade (nascida em 18/04/2011). Constavam em seu Assentamento Individual 52 elogios e as seguintes condecorações: Láurea de mérito pessoal de 2º grau, medalha “Heróis do Brasil” e medalha “Governador Pedro de Toledo”.

Nas ilustrações abaixo Sandro participa do Campeonato Mundial de Pentatlo Moderno em San Antonio/ Texas em [1991?].



Prova de esgrima. Sandro Moretti em primeiro plano, à direita.⁷



Sandro Moretti (à esquerda) e Marcelo Sanches, durante um intervalo em prova de esgrima. ⁷



Equipe Brasileira de Pentatlo Moderno composta por Sandro Moretti, Marcelo Sanches e o civil Castilho. Ao lado, Athaide, na época Major do Exército Brasileiro, um dos chefes da delegação brasileira. ⁷

7 As três fotografias integram arquivo pessoal do Coronel PM Marcelo Sanches.



Coordenadoria de Assuntos Jurídicos
Divisão de Assuntos Jurídicos



Centro de Comunicação Social da Polícia Militar
Agência de Publicidade e Propaganda (A3PM)

