

monografias 

série

**TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**
2018 – vol. 3

Reitor Prof. Faíçal David Freire Chequer
Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes
Profa. Ms. Lílian Nássara Miranda Chequer Bueno
Organizadores

Reitor Prof. Faíçal David Freire Chequer
Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes
Profa. Ms. Lílian Nássara Miranda Chequer Bueno
(Organizadores)

**TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS – VOLUME 3**

1ª edição

1ª impressão

(Publicado em novembro de 2018)

Todos os direitos reservados e protegidos pela lei no 9.610, de 19/02/1998. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito do detentor dos direitos, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – VOLUME 3. Organizadores e Autores. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, Publicação 2018. E-book PDF. 285p.

ISBN: 978-85-434-1586-4

Direito. Brasil. Título.

CDD- 340

E-book publicado pela
VIRTUALBOOKS EDITORA E LIVRARIA LTDA.
Rua Porciúncula, 118 - São Francisco - Pará de Minas - MG - CEP 35661-177
Publicamos seu livro a partir de 25 exemplares - e e-books (formatos: e-pub ou PDF)
Fone / WhatsApp (37) 99173-3583 - capasvb@gmail.com
<http://www.virtualbooks.com.br>

A coleção MONOGRAFIAS reúne Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) que foram selecionados pelos professores orientadores do Programa de Pós-graduação em Proteção dos Direitos Fundamentais e da Graduação em Direito da Universidade de Itaúna.

Trata-se de um trabalho conjunto entre coordenação, corpo docente e corpo discente da graduação e da pós-graduação em Direito da referida Universidade, localizada no interior do Estado de Minas Gerais, cidade educativa, por excelência.

Como destacado na primeira edição deste projeto, para a coleção MONOGRAFIAS foram criadas as seguintes séries de publicação: 1) A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 2) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA E DO TRABALHO; 3) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: a proteção das obrigações e dos contratos; 4) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: proteção à propriedade e à posse; 5) PROCESSO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 6) PROCESSO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS; 7) PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS; e 8) TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, aglutinado, de uma maneira geral, as pesquisas desenvolvidas pelos professores do Programa de Pós-Graduação – Proteção dos Direitos Fundamentais – da Universidade de Itaúna e que propiciam a base de iniciação científica da Graduação em Direito da nossa Universidade.

A Universidade de Itaúna tem conseguido manter, de maneira sólida, o relacionamento entre a Graduação e o seu

Programa de Pós-Graduação, objetivando aprimorar a pesquisa científica de seus alunos.

A cada dia que passa é mais importante a Universidade firmar-se como lócus de discussões dos vários problemas que afligem a sociedade brasileira e internacional, como um todo. Sem produção de conhecimento não há desenvolvimento econômico e social em nenhuma comunidade.

Nesse sentido, essa discussão não pode se limitar à pós-graduação. Do contrário, deve-se prestigiar a iniciação científica daqueles que estão começando a dar os primeiros passos na experiência jurídica.

Como destacado ainda na primeira edição da coleção, os textos refletem os originais dos TCCs, tendo-se deliberado publicá-los da maneira em que foram apresentados, sem quaisquer retoques ou modificações – que em alguns casos, aliás, até se impunham – mas à guisa de preservar a singeleza das pesquisas e suscitar questionamentos que, antecipadamente, são tidos como oportunos e serão objeto de exame e aprofundamento nas pesquisas desenvolvidas na pós-graduação ou, no mínimo, em outros TCCs.

O importante é que todos os discentes entendam que a pesquisa é fundamental para o desenvolvimento intelectual pessoal, como também, para o crescimento institucional e social.

Os textos apresentados são, em sua maioria, as primeiras pesquisas sólidas realizadas pelos seus autores, bachareis recém saídos dos bancos da graduação.

Deste modo, não é incomum que ocorram erros metodológicos (que não escapam também aos trabalhos de maturidade de pesquisadores experientes), como também argumentativos.

O objetivo é fazer com que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna – Proteção dos Direitos Fundamentais, em parceria com a Graduação em Direito – *quebrem os seus muros, irradiando a energia da esperança de um país melhor, por intermédio da educação transformadora.*

Os problemas sociais se desenvolvem e avançam rapidamente, não conseguindo, o Direito, acompanhá-los. Essa realidade será sempre uma angústia para a Ciência Jurídica. Nesse sentido, é fundamental que a teoria seja um guardião da prática, antecipando soluções de futuros problemas.

Os livros são destinados à distribuição em instituições de ensino, locais e regionais. Como frisado alhures, a coleção tem como postulado a certeza de que o conhecimento não pode ficar enclausurado nos murais institucionais. Do contrário, ele deve ser ator principal da transformação social.

De maneira séria e comprometida, a Universidade de Itaúna tem cumprido com um de seus objetivos, que é a produção da ciência, auxiliando o País de maneira efetiva na busca da construção de uma sociedade melhor.

Por fim, agradecemos a todos aqueles que fazem desse sonho um projeto realizado e em contínua ascensão.

Boa leitura!

Profa. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz
Coordenadora do PPGD da Universidade de Itaúna –
Proteção dos Direitos Fundamentais

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes
Coordenador-adjunto do PPGD da Universidade de Itaúna
– Proteção dos Direitos Fundamentais

O CABIMENTO DO *HABEAS CORPUS* NA PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR

SUMÁRIO

Antônio Marcos da Silveira¹

O cabimento do habeas corpus na punição disciplinar militar / 8

Antônio Marcos da Silveira

Análise da lei de improbidade administrativa e os elementos da culpa e dolo do agente público / 52

Renata Enes Machado Medeiros Silva

Um estudo sobre a delação premiada: regras e limites da lei n. 12.850/13 / 128

João Paulo de Freitas Pinto

Conceito jurídico civil da pessoa e o início da personalidade: direitos do nascituro e aborto / 203

Marcos Miguel Silva Rabelo

Aspectos jurídicos e sociais da redução da maioridade penal / 246

Daiane Sthefane Costa Soares

RESUMO

Em um país democrático como o Brasil, sabemos que o direito à liberdade é regra e que todo o cerceamento desta deve ser encarado como exceção. A Constituição Federal, no inciso LXVIII, do artigo 5º, garante sem distinções, a previsão do *habeas corpus* para aquele que tenha o seu direito de locomoção violado, ou esteja ameaçado de tê-lo, em virtude de ilegalidade ou de abuso de poder. Sendo assim, todo aquele que se ache nestas condições, tem o direito de recorrer ao Judiciário e impetrar uma ordem de *habeas corpus* para que seja analisada pelo juiz competente e caso sejam estejam comprovados estes elementos, o cidadão terá que ser liberado imediatamente. Porém, o parágrafo 2º, do artigo 142 da Carta Magna veda esta garantia aos militares no caso de punições disciplinares. Neste raciocínio, qual seria a intenção do constituinte ao vedar o cabimento do “remédio heroico” aos militares no caso de punições disciplinares militares? Seria esta vedação absoluta? Seriam os militares seres de outro planeta e não humanos? Não possuem estes dignidade? As transgressões disciplinares ensejadoras das punições estariam de acordo com a lei? Estas e muitas outras questões serão discutidas e explanadas ao longo do trabalho, observando os aspectos legais, os conflitos existentes entre os decretos que regulamentam as transgressões e a Constituição e entre os próprios artigos

¹ Acadêmico do 10º período do curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

constitucionais. Assim, o presente trabalho se objetiva a apresentar os aspectos que envolvem esta vedação, as jurisprudências a respeito do tema e o posicionamento de alguns doutrinadores, através do confronto entre os dispositivos legais.

PALAVRAS-CHAVE: *Habeas corpus*; Hierarquia e disciplina; Transgressões e punições disciplinares; Princípios.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa trazer um estudo sobre o *habeas corpus*, que é uma das garantias constitucionais mais importantes, pois tem o objetivo de corrigir uma das ameaças mais graves por parte do Estado para com o cidadão: a violação da liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.

O inciso LXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (*online*) diz que: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.” Nota-se que, não há neste inciso distinção de qualquer natureza. Porém, o parágrafo 2º, do artigo 142 do mesmo dispositivo legal vem com a seguinte vedação: “§ 2º Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”.

Além do conflito existente entre os dois dispositivos, tal vedação, ainda configura uma violação inicialmente ao princípio da isonomia previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição.

Desta forma, tentarei de forma simples e argumentativa, confrontar os textos constitucionais no intuito de buscar uma solução para este grave problema

que a poucos importa, senão apenas aos militares, especialmente as praças que geralmente são os mais atingidos.

No item dois, discorrerei um pouco sobre os militares, sobre quem são, suas particularidades e sua destinação constitucional. Falarei também sobre os pilares básicos de qualquer instituição militar, seja das Forças Armadas ou das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares, que são a hierarquia e a disciplina. Trarei também um estudo sobre as transgressões e punições disciplinares e sobre a constitucionalidade dos regulamentos militares, haja vista que os mesmos são oriundos do Poder Executivo e não provenientes de lei conforme manda a Constituição.

No tópico três, tratarei sobre o remédio heroico, trazendo um pouco sobre sua origem, seu histórico nas Constituições Brasileiras, sobre a sua natureza jurídica, legitimidade e o ponto central deste trabalho que é a vedação aos militares no caso de punições disciplinares.

No item quatro, procurarei trazer alguns princípios constitucionais aparentemente violados quais sejam: princípios da isonomia, da reserva legal, da inafastabilidade do controle jurisdicional e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por derradeiro, no tópico cinco, tratarei sobre o entendimento dos tribunais brasileiros a respeito do tema, trazendo algumas decisões.

Cabe ressaltar que o intuito do presente trabalho não é o de esgotar o assunto, até mesmo porque não se encontram muitos doutrinadores que lidam sobre o Direito Militar.

2 DOS MILITARES

São denominados militares, os membros das Forças Armadas, das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos

Territórios.

As Forças Armadas são compostas pelo Exército, Marinha e Aeronáutica e são instituições nacionais e permanentes.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 142, § 3º, disciplina sobre os militares das Forças Armadas. Já os membros das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares, são denominados militares estaduais e encontram sua previsão no artigo 42 do mesmo diploma legal.

Quando da promulgação da Constituição de 1988, previa-se em seu texto original na Seção III, do Capítulo VII, do Título III a nomenclatura de “Dos Servidores Públicos Militares”, porém, a Emenda Constitucional n. 18/1998, trouxe nova redação, passando a ser “Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

Segundo José Afonso da Silva², a intenção foi de tirar o conceito de servidor público dos militares estaduais, objetivando fugir assim ao vínculo dos servidores civis que anteriormente lhes impunha. Com isso, reforçou-se a característica militarista das Instituições Militares Estaduais.

A Emenda Constitucional n. 18/1998, retirou os militares das Forças Armadas do art. 42 e acrescentou o § 3º ao art. 142, alocando-os então no referido artigo da Constituição.

Os militares estão sujeitos a varias vedações não comuns aos demais cidadãos. Além de oferecerem a própria vida no juramento em que fazem em defesa da pátria, os militares são privados de filiação em partidos políticos, do direito de sindicalização, do direito de greve, dentre outros. Além de todas estas privações, os militares são os únicos no Brasil que podem sofrer a pena de morte, em caso de guerra, é claro. Mas a que mais chama a

²SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 714.

atenção é a prevista no parágrafo 2º do artigo 142 da Carta Magna, a qual proíbe a impetração de ordem de *habeas corpus* no caso de punições disciplinares.

2.1 Da hierarquia e disciplina

O artigo 142, caput da Constituição Federal de 1988 (*online*)³ diz que:

Art. 142. **As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a 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.**
(grifei)

Sobre estas características, Ranna Rannuai Rodrigues Silva *apud* Oliveira (*online*)⁴ assim descreve:

O constituinte ao atribuir a característica de instituições “nacionais” teve dois objetivos: proibir os estados de terem instituições dessa espécie e, embora integradas ao Poder Executivo, o dever de servir à nação. A afirmação de caráter ‘permanente’ veda a supressão de qualquer uma delas, bem como impede a

³BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília. Senado. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 09 de agosto de 2018.

⁴SILVA, Ranna Ruanai Rodrigues *apud* OLIVEIRA, Farlei Martins. **Revista do Ministério Público Militar. 25ª edição**. Brasília. 2015, p. 174. Disponível em: <http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2015/11/revista-25.pdf>, acesso em 05 de outubro de 2018.

sua transitoriedade. E o atributo da 'regularidade' foi com o intuito de impedir que fossem assimiladas às Forças Armadas quaisquer tropas irregulares, ou seja, que não estejam previstas em seu quadro de efetivos.

As Forças Armadas são o braço coercitivo do Estado. Nelas se encontram o poder de resposta frente a ameaças internas e externas, visando à garantia da soberania nacional e a defesa do nosso território.

Elas se subordinam a autoridade suprema do Presidente da República. Nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios os Corpos de Bombeiros e as Polícias Militares se subordinam aos respectivos governadores.

A base de qualquer instituição militar se encontra nos pilares da hierarquia e disciplina. Não há como falar de militarismo sem se falar de hierarquia e disciplina. A Lei 6.880/80 criou o Estatuto dos Militares que em seu artigo 14 (*online*)⁵ assim diz:

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A **hierarquia** militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

§ 2º **Disciplina** é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que

⁵BRASIL. **Lei Nº 6.880. Estatuto dos Militares (1980)**. Brasília. Senado. 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm, acesso em 20 de setembro de 2018.

fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados. (grifei)

Estes pilares são a forma de controle do superior para o subordinado com o intuito de alcançar um objetivo maior que é a destinação constitucional das Forças Armadas. Nesse sentido, Jair Soares Junior (*online*)⁶ assim afirma:

Justificável, nessa perspectiva, é a imprescindível observância da hierarquia e da disciplina dentro da caserna, uma vez que se fosse permitido ao militar discutir as ordens emanadas de seus superiores, no exercício da missão constitucional de defesa da pátria, isso poderia resultar no caos administrativo, o que, certamente, levaria ao perecimento da soberania nacional e, por corolário, do próprio Estado de Direito.

Excepcionando-se o caso dos conscritos, que prestam o serviço obrigatório, os demais acessos as instituições militares se dão de forma voluntária, através de concurso público ou serviço temporário, como por

⁶BRASIL. JUNIOR, Jair Soares. **O Cabimento do Habeas Corpus nas Transgressões Disciplinares Militares**. *Revista da Defensoria Pública da União*. v. 03, p. 56-74, 2010. Disponível em: www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/artigo05_-_jair_soares_rodrigues.pdf, acesso em 16 de setembro de 2018.

exemplo caso do Centro de Preparação de Oficiais da Reserva (CPOR) e outros onde o serviço é prestado por um certo período e ao final deste, ocorre o desligamento. Nesse raciocínio, sabemos que só entra quem quer e que aquele que se matricula aceita explicitamente o regime rigoroso de tais instituições. Mas isto não quer dizer também que aquele que se matricula esteja dispondo de sua vida e liberdade para que sejam feitas delas o que o superior bem entender.

Como formas de controle da hierarquia e disciplina, foram criados o Código Penal Militar, o qual contém a tipificação dos crimes militares e os Regulamentos Disciplinares que contêm as transgressões e as punições disciplinares. Por não ser objeto deste estudo, não tratarei a respeito dos crimes militares.

2.3 Da transgressão disciplinar

Com base no Estatuto dos Militares, as instituições membros das Forças Armadas criaram os seus próprios regulamentos ou adequaram os já existentes, sendo o do Exército o Decreto Nº 4.346/2002 (Regulamento Disciplinar do Exército R-4), o da Aeronáutica o Decreto Nº 76.322/75 (Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER) e da Marinha o Decreto Nº 88.545/83 (Regulamento Disciplinar para a Marinha). Existem também os regulamentos dos policiais e bombeiros militares, sendo que alguns deles são denominados Códigos de Ética e Disciplina. As transgressões militares têm previsão nos regulamentos militares. O Artigo 14 do Regulamento Disciplinar do Exército (*online*)⁷ prevê que:

⁷BRASIL. Decreto Nº 4346 de 26 de agosto de 2002. Brasília. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm, acesso em 22 de agosto de 2018.

Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

Desta forma, percebemos que transgressão disciplinar militar é toda conduta comissiva ou omissiva que afete a ética, aos deveres e às obrigações militares e que não sejam tipificadas propriamente como crime militar.

Se houver concurso entre a transgressão e o crime, o segundo absorve a primeira, aplicando-se somente a pena relativa ao crime, desde que eles sejam de mesma natureza.

Ocorrida uma transgressão, será feita a comunicação (parte disciplinar), destinada a autoridade competente daquele militar, observadas as regras de competência.

A autoridade competente organizará um procedimento apuratório com base nos princípios do contraditório e da ampla defesa e verificará se há causas de justificação, circunstâncias atenuantes e agravantes. Os artigos 18,19 e 20 do R-4 (*online*)⁸ trazem respectivamente as causas de justificação, as circunstâncias atenuantes e agravantes conforme a seguir:

Art. 18. Haverá causa de justificação quando a transgressão for cometida:
I - na prática de ação meritória ou no interesse do serviço, da ordem ou do sossego público;

⁸BRASIL. Decreto Nº 4346 de 26 de agosto de 2002. Brasília. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm, acesso em 22 de agosto de 2018.

II - em legítima defesa, própria ou de outrem;
III - em obediência a ordem superior;
IV - para compelir o subordinado a cumprir rigorosamente o seu dever, em caso de perigo, necessidade urgente, calamidade pública, manutenção da ordem e da disciplina;
V - por motivo de força maior, plenamente comprovado; e
VI - por ignorância, plenamente comprovada, desde que não atente contra os sentimentos normais de patriotismo, humanidade e probidade.
Parágrafo único. Não haverá punição quando for reconhecida qualquer causa de justificação.

Art. 19. São circunstâncias atenuantes:
I - o bom comportamento;
II - a relevância de serviços prestados;
III - ter sido a transgressão cometida para evitar mal maior;
IV - ter sido a transgressão cometida em defesa própria, de seus direitos ou de outrem, não se configurando causa de justificação; e
V - a falta de prática do serviço.

Art. 20. São circunstâncias agravantes:
I - o mau comportamento;
II - a prática simultânea ou conexão de duas ou mais transgressões;
III - a reincidência de transgressão, mesmo que a punição anterior tenha sido uma advertência;
IV - o conluio de duas ou mais pessoas;
V - ter o transgressor abusado de sua autoridade hierárquica ou funcional; e
VI - ter praticado a transgressão:
a) durante a execução de serviço;
b) em presença de subordinado;
c) com premeditação;
d) em presença de tropa; e
e) em presença de público.

Se o cometimento da transgressão se deu em decorrência de causa de justificação, o transgressor será absolvido e nenhuma punição haverá. Se houver alguma circunstância atenuante a punição correspondente será mais branda e se houver circunstância agravante a punição será mais severa.

As transgressões se classificam em leve, média e grave.

Terminado o procedimento, se não houver absolvição, deverá ser aplicada uma punição.

2.4 Das punição disciplinar

Conforme vimos anteriormente, após o término do julgamento, será ativada a respectiva punição disciplinar. As punições se classificam em advertência, impedimento disciplinar, repreensão, detenção disciplinar, prisão disciplinar e licenciamento e exclusão a bem da disciplina. Para o presente trabalho importa-nos apenas o impedimento, a detenção e a prisão disciplinares por se tratarem de punições restritivas e privativas de liberdade.

Os artigos 26, 28 e 29 do R-4 (*online*)⁹ versam respectivamente sobre as especificidades de cada uma das punições conforme a seguir:

Art. 26. Impedimento disciplinar é a obrigação de o transgressor não se afastar da OM, sem prejuízo de qualquer serviço que lhe competir dentro da unidade em que serve.

Parágrafo único. O impedimento

⁹BRASIL. Decreto N° 4346 de 26 de agosto de 2002. Brasília. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm, acesso em 22 de agosto de 2018.

disciplinar será publicado em boletim interno e registrado, para fins de referência, na ficha disciplinar individual, sem constar das alterações do punido.

[...]

Art. 28. Detenção disciplinar é o cerceamento da liberdade do punido disciplinarmente, o qual deve permanecer no alojamento da subunidade a que pertencer ou em local que lhe for determinado pela autoridade que aplicar a punição disciplinar.

§ 1º O detido disciplinarmente não ficará no mesmo local destinado aos presos disciplinares.

§ 2º O detido disciplinarmente comparece a todos os atos de instrução e serviço, exceto ao serviço de escala externo.

§ 3º Em casos especiais, a critério da autoridade que aplicar a punição, o oficial ou aspirante-a-oficial pode ficar detido disciplinarmente em sua residência.

Art. 29. Prisão disciplinar consiste na obrigação de o punido disciplinarmente permanecer em local próprio e designado para tal.

§ 1º Os militares de círculos hierárquicos diferentes não poderão ficar presos na mesma dependência.

§ 2º O comandante designará o local de prisão de oficiais, no aquartelamento, e dos militares, nos estacionamentos e marchas.

§ 3º Os presos que já estiverem passíveis de serem licenciados ou excluídos a bem da disciplina, os que estiverem à disposição da justiça e os condenados pela Justiça Militar deverão ficar em prisão separada dos demais presos disciplinares.

§ 4º Em casos especiais, a critério da autoridade que aplicar a punição disciplinar, o oficial ou aspirante-a-oficial pode ter sua residência como local de cumprimento da punição, quando a prisão

disciplinar não for superior a quarenta e oito horas.

§ 5º Quando a OM não dispuser de instalações apropriadas, cabe à autoridade que aplicar a punição solicitar ao escalão superior local para servir de prisão.

No impedimento disciplinar, o prazo máximo é de 10 (dez) dias. Nele, o transgressor trabalha normalmente e apenas não pode se afastar da Organização Militar em que serve, não necessitando ficar em cela ou alojamento o tempo todo, podendo circular dentro da unidade.

Na detenção disciplinar, o prazo máximo é de 30 (trinta) dias o punido fica recolhido dentro do alojamento da subunidade em que serve, de lá só saindo para instrução ou serviço interno. Nela podemos perceber uma ofensa ao princípio da isonomia, pois o aspirante a oficial e o oficial podem cumprir a detenção em casa em casos especiais e a critério da autoridade, não havendo esta mesma previsão para as praças.

Já na prisão disciplinar, que também pode ser de no máximo 30 (trinta) dias, o punido fica preso em local destinado para tal, ou seja, em celas dentro de quartéis, onde o aspirante a oficial e o oficial novamente podem cumprir em casa a punição desde que não superior a quarenta e oito horas. Nela o punido não participa de instrução e nem trabalha.

Nos Regulamentos Militares dos Corpos de Bombeiros e Polícias Militares de alguns estados da Federação, como em Minas Gerais por exemplo, já não há mais punições restritivas ou privativas de liberdade. Encontra-se no Congresso Nacional o Projeto de Lei da Câmara de n.148/2015, o qual visa extinguir a nível nacional as penas privativas e restritivas de liberdade aos policiais e bombeiros militares em decorrência do cometimento de transgressão disciplinar. O PLC já foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Se sancionado, os estados terão um prazo

de doze meses para adequação de seus Regulamentos Disciplinares e Códigos de Ética e Disciplina.

Para fins de ativação da punição, devem ser observados os critérios do artigo 37 do Regulamento disciplinar do Exército (*online*)¹⁰ conforme abaixo:

Art. 37. A aplicação da punição disciplinar deve obedecer às seguintes normas:

I - a punição disciplinar deve ser proporcional à gravidade da transgressão, dentro dos seguintes limites:

a) para a transgressão leve, de advertência até dez dias de impedimento disciplinar, inclusive;

b) para a transgressão média, de repreensão até a detenção disciplinar; e

c) para a transgressão grave, de prisão disciplinar até o licenciamento ou exclusão a bem da disciplina;

[...]

Percebe-se que até mesmo em uma transgressão leve poderá ocorrer uma pena restritiva de liberdade.

2.4 Apontamentos acerca das transgressões e punições disciplinares

Muito se tem discutido a respeito da legalidade dos Regulamentos Disciplinares Militares. É sabido que eles foram instituídos através de decretos do Poder Executivo e que estes foram recepcionados pela Constituição de 1988. Em que pese o Regulamento Disciplinar do Exército ser de 2002, este apenas revogou o Decreto 90.608/84 que era o que regulava sobre a matéria e foi recepcionado também. O problema aí repousa.

O inciso XLI do artigo 5º da Constituição

¹⁰BRASIL. Decreto Nº 4346 de 26 de agosto de 2002. Brasília. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm, acesso em 22 de agosto de 2018.

(*online*)¹¹ estabelece que: “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”. De acordo com este inciso, em uma interpretação literal, somente pode haver a prisão de qualquer pessoa e os militares pela transgressão ou crime militar se houver previsão em lei e não em decreto.

Com base nisso, no ano de 2004, foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Constitucionalidade n.3340, pelo Procurador Geral da República, arguindo que o R-4 seria inconstitucional por ser um Decreto do Poder Executivo e isto iria contra o inciso XLI, do artigo 5º da Constituição. Infelizmente, a ADI não foi conhecida pelo STF.

Ainda sobre o assunto, encontramos na alínea f, inciso II, parágrafo 1º, do artigo 61 da Constituição Federal (*online*)¹² que diz que:

Art. 61. A iniciativa das **leis complementares e ordinárias** cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º **São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:**

[...]

¹¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília. Senado. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 09 de agosto de 2018.

¹²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília. Senado. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 09 de agosto de 2018.

II – disponham sobre:

[...]

f) militares das Forças Armadas, **seu regime jurídico**, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. (Incluída pela EC n. 18/1998) (grifei)

[...]

Desta forma, é sabido que os regulamentos militares fazem parte do regime jurídico dos militares e no próprio artigo vemos que a lei que deverá tratar sobre o regime jurídico dos militares deverá ser lei ordinária ou complementar por iniciativa privativa do Presidente da República e não por decreto do Poder Executivo como na verdade tem sido. Até os dias atuais, nenhum presidente tomou a referida iniciativa.

Outro ponto que gera bastante discussão se encontra quanto à taxatividade das transgressões disciplinares, haja vista que não há clareza no que seria ofensa ao decoro da classe, pundonor militar e a honra pessoal, pois no parágrafo único do artigo 21 do R-4 (*online*)¹³ diz que: “A competência para classificar a transgressão é da autoridade a qual couber sua aplicação.” E o artigo 22 do mesmo dispositivo diz que: “Art. 22. Será sempre classificada como “grave” a transgressão da disciplina que constituir ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe.” Então, se a competência para classificar é da autoridade competente e este sempre classificará como grave a transgressão quando esta ofender a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe, estamos diante de uma inconstitucionalidade de tamanho exorbitante, pois isso poderá gerar todo tipo de perseguições dentro de uma

¹³BRASIL. Decreto Nº 4346 de 26 de agosto de 2002. Brasília. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm, acesso em 22 de agosto de 2018.

Organização Militar e colocando em risco à liberdade dos militares, especialmente as praças. Jair Soares Junior *apud* Silva Junior (*online*)¹⁴ sobre o tema assim descreveu:

Mais grave violação constitucional encontra-se disposto no parágrafo único do art. 7º do Regulamento disciplinar da Marinha, que reza que “considera-se contravenção as condutas não especificadas no artigo, desde que não seja crime militar e ofenda a hierarquia e as regras de serviço”. [...] Disposição semelhante encontramos no regulamento disciplinar do Exército (modelo para o regulamento dos estados, lembre-se) e da Aeronáutica. Ou seja, o cidadão militar pode ser preso por violar uma conduta não tipificada como transgressão, “porquanto depende tão-só e somente do livre alvedrio e talante (da autoridade competente) considerar como transgressão ‘todas as ações e omissões ou atos não especificados no rol das transgressões’... não há, pois, como livrar-se de uma sanção disciplinar, se assim ‘decidirá autoridade competente’...”

No Direito Penal e Penal Militar é necessário que se cumpra rigorosamente o Princípio da Reserva Legal, ou seja, não existe crime se não estiver este presente em alguma lei e sem haver a pena respectiva já prevista. Desta forma, não há nenhuma legislação penal que delegue competência ao juiz para que este defina algo que não seja crime e aplique uma pena ou que classifique o

¹⁴BRASIL. JUNIOR, Jair Soares *apud* SILVA, Júnior. **O Cabimento do Habeas Corpus nas Transgressões Disciplinares Militares. Revista da Defensoria Pública da União.** v. 03, p. 56-74, 2010. Disponível em: www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/artigo05_-jair_soares_rodrigues.pdf, acesso em 16 de setembro de 2018.

crime de forma livre da forma que bem entender. Muito pelo contrário, se o juiz tem a dúvida quanto às provas ele é obrigado a decidir em favor do réu. No meio militar é totalmente o oposto, onde a autoridade competente pode definir o que seria ou não ofensivo àqueles valores defendidos, ou seja, pode fazer o que quiser com o subordinado.

Jair Soares Junior (*online*)¹⁵ assim pontuou:

Anotou-se, também, que a figura de transgressão disciplinar, embora diversa, se assemelha aos crimes militares próprios, devendo, portanto, ser tratada de forma que se zele pelos princípios da taxatividade, da reserva legal e da subsidiariedade.

Lamentável, pois, é que o tema não gera repercussão midiática e não há ninguém que por ele se interesse, a não serem os próprios militares, especialmente as praças, que são os maiores atingidos.

Antes mesmo de chegar ao ponto central deste trabalho, já se percebe a inconstitucionalidade dos regulamentos militares.

3 DO HABEAS CORPUS

Também conhecido como “remédio heroico”, o *habeas corpus* foi, sem dúvida alguma, um dos assuntos mais falados na mídia no corrente ano em decorrência de escândalos de corrupção na política brasileira.

Etmologicamente, *habeas corpus* quer dizer: corpo

¹⁵BRASIL. JUNIOR, Jair Soares. **O Cabimento do Habeas Corpus nas Transgressões Disciplinares Militares. Revista da Defensoria Pública da União.** v. 03, p. 56-74, 2010. Disponível em: www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/artigo05_-_jair_soares_rodrigues.pdf, acesso em 16 de setembro de 2018.

livre, que tenhas o teu corpo, corpo solto, etc. É uma garantia constitucional que visa proteger o direito de ir e vir previsto no inciso XV, artigo 5º da Constituição de 1988.

A previsão do *habeas corpus* se encontra no inciso LXVIII, artigo 5º da Constituição Federal (*online*)¹⁶ que diz que: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;”.

Também encontramos sua previsão no Código de Processo Penal que em seu artigo 647 (*online*)¹⁷ lhe apresenta com uma redação acrescida de uma vedação: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, **salvo nos casos de punição disciplinar.**” (grifei)

Ainda, encontramos a previsão do *habeas corpus* no artigo 466 do Código de Processo Penal Militar (*online*)¹⁸, o qual aparece com a seguinte redação:

Art. 466. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.
Exceção

¹⁶BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Brasília. Senado. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 09 de agosto de 2018.

¹⁷BRASIL. **Decreto lei Nº 3689 – Código de Processo Penal (1941).** Brasília. Senado. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm, acesso em 29 de agosto de 2018.

¹⁸BRASIL. **Decreto lei Nº 1002 – Código de Processo Penal Militar (1969).** Brasília. Senado. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm, acesso em 08 de setembro de 2018.

Parágrafo único. **Excetuam-se, todavia, os casos em que a ameaça ou coação resultar:**

- a) **de punição aplicada de acôrdo com os Regulamentos Disciplinares das Fôrças Armadas;**
 - b) **de punição aplicada aos oficiais e praças da Polícias e Corpos de Bombeiros, Militares, de acôrdo com os respectivos Regulamentos Disciplinares;**
- [...]

Como se pode perceber, os Códigos de Processo Penal e Penal Militar, instituídos antes da Constituição Federal de 1988, já traziam a vedação do “remédio heroico” em decorrência de punições disciplinares militares, sendo que estes códigos foram recepcionados pela nova Constituição.

Desta forma, sua função basicamente visa coibir abuso de poder por parte do Estado em favor do cidadão que sofre a violência em sua liberdade de locomoção ou pode vir a sofrê-la a qualquer momento, sendo este denominado *habeas corpus* preventivo. Por não ser objeto do presente trabalho, não trataremos da modalidade preventiva.

3.1 Histórico do *habeas corpus*

Muito se discutiu a respeito do surgimento do *habeas corpus*, havendo muitas divergências sobre o seu real aparecimento. Segundo afirma Uadi Lâmmego Bulos¹⁹, uns acreditam que os vestígios do aparecimento do *habeas corpus* se encontram no Direito Romano, através do *interdictum de libero homine exhibendo* que defendia o direito de locomoção. Para outros, os vestígios se deram através da *Petition of Rights*, em 1628, no

¹⁹Bulos, Uadi Lâmmego. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 719.

reinado de Carlos II na Inglaterra. Da *Petition of Rights* originou o *Habeas Corpus Act*, de 1679. Porém, o nascimento efetivo do “Remédio Heroico” se deu através da *Magna Charta Libertatum*, outorgada na Inglaterra em 1215, pelo Rei João Sem Terra.

A citada *Magna Charta Libertatum* foi assinada pelo rei mediante muita pressão e visava limitar o poder da monarquia que era totalmente dominadora naquela época e não reconhecia o direito dos súditos. O artigo 39 da *Magna Charta Libertatum* (online)²⁰ diz que:

Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com lei da terra.

No Brasil, continua o citado autor, todas as Constituições até hoje trouxeram a previsão do *habeas corpus*, sendo de 1824 de forma implícita e as demais, até a atual, de forma expressa. Cita ainda que o Código Criminal de 1830 já o previa de forma pálida e o Código de Processo Criminal de 1832 o trouxe reforçadamente.

Contudo, desde o aparecimento do *habeas corpus* na História Brasileira, várias foram as formas de interpretação, sendo em alguns momentos literal, em outros restritiva e também extensiva. E vários foram os textos normativos a respeito deste instituto, que muitas vezes não era utilizado somente no que tange a liberdade de locomoção antes do aparecimento do mandado de

²⁰LINS, George. **A Magna Charta de João Sem Terra**. Disponível em: <https://georgelins.com/2009/08/09/a-magna-charta-de-joao-sem-terra-1215-a-peticao-de-direitos-1628-e-o-devido-processo-legal>, acesso em 22 de outubro de 2018.

segurança. Durante a Ditadura Militar, por exemplo, o artigo 10 do Ato Institucional n. 5 (*online*)²¹ tinha a seguinte redação restritiva: “Fica suspensa a garantia do habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.”

3.2 Natureza jurídica

A Constituição de 1988 alocou o “remédio heroico” no Título II, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais. No Código de Processo Penal Militar ele se encontra previsto no Título II que versa sobre os processos especiais e no Código de Processo Penal ele se encontra no Título que trata dos recursos em geral. Mas então, qual seria a natureza jurídica do *habeas corpus*?

Uadi Lâmega Bulos²² traz a seguinte definição:

Natureza do *habeas corpus* - trata-se de uma ação penal popular, de berço constitucional e procedimento sumário. Ora assume o posto de ação cautelar, declaratória ou constitutiva (CPP, art. 648, I a V), ora de ação rescisória constitutiva negativa (CPP, art. 648, VI e VII). Não é em todo e qualquer caso que o remédio heroico pode ser usado, visto que somente serve para tutelar a liberdade de ambulatoria.

Como mencionado anteriormente, no Código de Processo Penal, o “remédio heroico é tratado nos recursos

²¹BRASIL. Ato Institucional Nº 5 de 13 de dezembro de 1968. Brasília. Senado. 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm, acesso em 22 de outubro de 2018.

²² Bulos, Uadi Lâmmego. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 720.

em geral. Mas para que haja um recurso, é necessário que haja uma decisão não transitada em julgado. Se alguém que se encontra preso no Brasil e tiver que aguardar uma decisão judicial para que se impetre o *habeas corpus*, vai ficar um bom tempo preso aguardando e se perderia a finalidade deste instituto.

Para Paulo Rangel²³, não seria possível que recurso fosse, pois a finalidade deste é necessariamente reverter decisão judicial não transitada em julgado e a do *habeas corpus*, além de sua função primordial é a de desconstituir decisão transitada em julgado nos casos de juízo absolutamente incompetente, ou também, se já extinta a punibilidade em face da prescrição da pretensão executória, conforme artigos 648, VI e VII, do CPP. Ainda, complementa o autor, que recurso é interposto sempre de decisão judicial e o “remédio heroico” visa ato de autoridade administrativa ou até mesmo de particular. O autor ainda afirma que pelas razões acima, o *habeas corpus* não é um recurso e sim uma ação autônoma de impugnação.

3.3 Legitimidade ativa

O artigo 654 do Código de Processo Penal (*online*)²⁴ traz os legitimados ativos para impetração conforme a seguir:

Art. 654. O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.
[...]

²³RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.1004.

²⁴BRASIL. Decreto lei Nº 3689 – Código de Processo Penal (1941). Brasília. Senado. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm, acesso em 29 de agosto de 2018

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Observando o artigo acima, verificamos que qualquer pessoa pode impetrar o *habeas corpus*, podendo ser até mesmo o próprio paciente, não necessitando ser representado por um advogado. Segundo Paulo Rangel²⁵, até mesmo uma pessoa jurídica pode impetrar ser impetrante em favor de uma pessoa física, porém uma pessoa jurídica não pode ser paciente. Como vimos também, o Ministério Público pode impetrar ordem de *habeas corpus* e o juiz pode conceder a ordem de ofício.

Para que possa ser impetrada por qualquer pessoa, a ordem de *habeas corpus* é gratuita e sem muitas formalidades, não necessitando ter um amplo conhecimento em Direito ou boa condição financeira.

3.4 Da vedação aos militares nos casos de transgressão e punição disciplinares

Como já vimos, preceitua o parágrafo 2º, do artigo 142 da Constituição Federal de 1988 (*online*)²⁶ que: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”.

Na história das Constituições Brasileiras, a primeira que veio com esta vedação expressa foi a de 1934, talvez pelo momento em que o país vivia pós-revolução. A Constituição de 1946 e a de 1967 também trouxeram de forma expressa esta vedação. Já a

²⁵RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.1007.

²⁶BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília. Senado. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 09 de agosto de 2018.

constituição de 1988, não trouxe a vedação de forma conjunta, sendo que a previsão do “remédio heroico” se encontra no inciso LXVIII, do artigo 5º, do Capítulo I, do Título II, “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS” e a vedação aos militares veio no § 2º, do artigo 142, do Capítulo II, do Título V, “DA DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS”.

Segundo Paulo Rangel²⁷, a intenção do constituinte se justifica na proteção da hierarquia e disciplina, que seriam confrontadas no caso de um subordinado poder rever através do *habeas corpus* uma punição disciplinar.

Ainda, continua o autor, os atos administrativos para serem válidos têm que estar de acordo com a lei e estão subordinados aos requisitos jurídicos do ato administrativo quais sejam: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei. Analisando estes requisitos, entende-se que se a autoridade responsável pela prática do ato não for competente para tal, o ato é viciado e passível de ser impetrado o “remédio heroico”.

Da mesma forma, se houver cerceamento de defesa no curso da apuração da transgressão ou se o responsável pela parte disciplinar agiu com ilegalidade ou abuso de poder assim também estará passível de impetração.

Jorge Cesar de Assis (*online*)²⁸ afirma que são três as correntes que discorrem sobre a vedação do *writ* aos militares. A primeira, não o admitia em hipótese alguma em proteção à hierarquia e disciplina, devendo o assunto ficar à margem do Poder Judiciário. Seriam adeptos dessa corrente Crettela Júnior, Walter Ceneviva e José Afonso

²⁷RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.1009.

²⁸ASSIS, Jorge Cesar. **O Cabimento do Habeas Corpus nas Punições Disciplinares no Brasil**. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj026351.pdf>, acesso em 17 de outubro de 2018.

da Silva. A segunda corrente, menos radical, acredita que ao mesmo tempo em que não cabe o “remédio heroico” aos militares em razão de punição disciplinar, assim o é apenas no que diz respeito ao mérito das mesmas, não podendo deixar de ser analisada a questão da legalidade do ato. São adeptos desta corrente Pinto Ferreira, Pontes de Miranda, dentre outros. Já a terceira corrente, acredita que não há nenhuma limitação em relação ao *habeas corpus* em sede de punição disciplinar militar, analisando não só a questão da legalidade do ato como também o mérito das transgressões disciplinares. A corrente que tem sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal é a segunda.

Segundo Uadi Lammego Bônus²⁹, o não cabimento se comporta apenas no que tange ao mérito e os motivos que ensejaram a transgressão, não impedindo que o Poder Judiciário analise os pressupostos legais conexos a hierarquia, ao poder disciplinar, ao ato ligado à função e à pena disciplinar suscetível de ser aplicada.

Contudo, mesmo havendo esta relativização na interpretação desta vedação, o problema é muito mais complexo no que diz respeito à sua constitucionalidade, pois o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (*online*)³⁰ que em seu artigo 7º diz que:

Artigo 7º – Direito à liberdade pessoal.

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

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

²⁹Bulos, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 733.

³⁰BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Brasília. Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf, acesso em 25 de outubro de 2018.

3. Ninguém pode ser submetido à detenção ou encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.

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

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa (grifei).

[...]

O Brasil aderiu ao Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos), regulamentado-a no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto n. 678/1992, passando este a ter desde então status de norma constitucional. O parágrafo 3º, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (*online*)³¹ normatiza

³¹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília. Senado. 1988. Disponível em:

que:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Desta forma, percebe-se mais uma vez a inconstitucionalidade do parágrafo 2º, do artigo 142 da Constituição, haja vista que este entra em conflito com o item 6, do artigo 7º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos que permite que qualquer pessoa (não excluiu os militares no caso de punição disciplinar) que se encontre com sua liberdade violada tem o direito de recorrer a um juiz.

3.5 Da competência para concessão

Em que pese exista o Superior Tribunal Militar, os Tribunais de Justiça Militar Federal e os três Tribunais de Justiça Militares Estaduais que se localizam em Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo, estes se limitam a conhecer ordens de *habeas corpus* referentes aos crimes militares. Neste sentido, o entendimento que tem sido adotado no tocante a punições disciplinares é o de que os militares das Forças Armadas devem impetrar na Justiça Federal e os militares dos Corpos de Bombeiros e Polícias Militares na Justiça Estadual.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 09 de agosto de 2018.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APARENTEMENTE VIOLADOS

Aceitável é que a vida na caserna realmente deva ser pautada pela hierarquia e disciplina, buscando-se proteger um objetivo maior que seria a destinação constitucional das instituições militares. No serviço público civil se percebe o quanto que a hierarquia e a disciplina fazem falta, onde o subordinado muitas vezes não respeita o seu superior, presta um serviço aquém do esperado e não atende bem ao cidadão que dele depende e mesmo assim, as vezes não sofre nenhum tipo de punição administrativa. Se o meio militar assim também o fosse, seria um verdadeiro caos.

Até mesmo os colégios militares têm demonstrado a eficiência de seus métodos de ensino, pautados na disciplina e organização, onde seus alunos se destacam em relação aos alunos de escolas públicas civis, alcançando excelentes notas nas avaliações de ensino no Brasil. Porém, não se pode aceitar que sejam violados os princípios constitucionais na busca pelo fiel cumprimento desses pilares das instituições militares.

Com a vedação expressa no parágrafo 2º, do artigo 142 da Constituição Federal e com a previsão das transgressões disciplinares se encontrarem em decretos do Poder Executivo e não em lei como preceitua a alínea “f”, inciso II, do parágrafo 1º do artigo 61 da Carta Magna, pode-se perceber que alguns princípios constitucionais foram aparentemente violados.

Veremos a seguir alguns princípios aparentemente violados.

4.1 Princípio da isonomia

Ao vedar os militares de impetrarem a ordem de *habeas corpus*, ocorre pois a violação dos princípios da isonomia e da igualdade previstos no caput do artigo 5º da

Constituição Federal (*online*)³² que traz a seguinte redação: “**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**, [...]” (grifei).

O próprio artigo aduz que todos são iguais perante a lei. Isto deixa claro que pobres e ricos, homens e mulheres, se encontram em situação de igualdade. Então, o que diferencia o militar de um civil perante a lei seria apenas a sua submissão ao Código Penal Militar e a um regulamento disciplinar. Então, da mesma forma que um civil tem o direito de recorrer ao Judiciário e pedir que se analise a sua privação de liberdade em razão de ilegalidade ou abuso de poder, também os militares tem o direito de que as condições em que se deram a sua punição disciplinar restritiva ou privativa de liberdade sejam analisadas e passíveis de impetração da ordem de *habeas corpus* mesmo que não se discuta o mérito da transgressão disciplinar. O próprio artigo ainda fala da inviolabilidade da liberdade, ou seja, a vedação aos militares vai totalmente contra o caput do artigo 5º.

4.2 Princípio da reserva legal

Como vimos anteriormente, as transgressões disciplinares encontram-se previstas nos regulamentos disciplinares os quais se pautam pelo Estatuto dos Militares, sendo que todos estes foram criados através de decretos do Poder Executivo. Vimos também que a alínea “f”, inciso II, do parágrafo 1º do artigo 61 da Constituição

³²BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília. Senado. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 09 de agosto de 2018.

Federal (*online*)³³ descreve que o regime jurídico dos militares deverá ser regulamentado mediante lei de iniciativa privativa do Presidente da República e que o inciso LXI do artigo 5º define que para ser preso, mesmo que em transgressão disciplinar militar, tem que ser em virtude de lei.

Sabe-se, que até hoje, não foi criada nenhuma lei a respeito das transgressões disciplinares. Além disso, vimos que a autoridade competente pela aplicação da transgressão é que irá classificá-la como leve, média ou grave, conforme parágrafo único do artigo 21 do R-4 (*online*)³⁴. E que será classificada como grave toda transgressão que ofender a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, conforme artigo 22 do mesmo dispositivo anterior. Desta forma, gera o descrédito dos regulamentos militares, haja vista que não há uma taxatividade e o que um pode entender ofensa a estes valores, outro pode classificar de modo diverso.

Assim, as transgressões disciplinares e em consequência as punições vão contra o princípio da reserva legal, até que sejam regulamentadas por lei de iniciativa privativa do Presidente da República, o que aparenta não haver nenhuma previsão para que ocorra.

³³BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília. Senado. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 09 de agosto de 2018.

³⁴BRASIL. **Decreto Nº 4346 de 26 de agosto de 2002**. Brasília. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm, acesso em 22 de agosto de 2018.

4.3 Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal (*online*)³⁵ é bem claro ao dizer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desta forma, a vedação prevista no parágrafo 2º do artigo 142 da Carta Magna vai totalmente contra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Há também a vedação do acesso imediato do militar ao Judiciário, o qual repousa no parágrafo 3º, do artigo 51 do Estatuto dos Militares (*online*)³⁶ que traz a seguinte redação: “O militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado”. Desta forma, uma punição disciplinar restritiva ou privativa de liberdade não seria uma lesão ou ameaça ao direito? Claro que sim, mesmo que o mérito não seja apreciado, os pressupostos devem ser. Este estatuto é de 1980, ou seja, antes da atual Constituição, sendo que este artigo não foi revogado. Mais uma vez demonstra a incompatibilidade do Estatuto dos Militares e dos Regulamentos Disciplinares com a atual Constituição.

Mesmo que o Judiciário não entre no mérito das transgressões militares, as condições em que se deu a punição restritiva ou privativa e os pressupostos devem ser analisados.

³⁵BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília. Senado. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 09 de agosto de 2018.

³⁶BRASIL. **Lei Nº 6.880. Estatuto dos Militares (1980)**. Brasília. Senado. 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm, acesso em 20 de setembro de 2018.

4.4 Princípio da dignidade da pessoa humana

Ao afastar, sem nenhuma ressalva, a possibilidade de se impetrar ordem de *habeas corpus* nos casos de punição disciplinar restritiva ou privativa de liberdade, fere-se assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, se não há previsão em lei ordinária ou complementar conforme manda a Constituição e mesmo assim continuam cumprindo mediante decreto, estão violando o que prevê o item 6 do artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos que como vimos anteriormente, foi assinada pelo Brasil em 1992 e passou a ter *status* de emenda constitucional desde então. O militar, ao incorporar as fileiras, mesmo diante de tantas particularidades, não perdeu a condição de ser humano e por isso, qualquer restrição à sua liberdade deve analisada.

5. JURISPRUDÊNCIAS FAVORÁVEIS

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO E REMESSA OFICIAL EM HABEAS CORPUS. INFRAÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. PENA DE PRISÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM E CABIMENTO DO WRIT. INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 109, VII, 124 E 142 DA CF. LITISCONSÓRCIO PASSIVO DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. AMPLO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO PARA CONTROLE DA LEGALIDADE DO ATO (ARTIGO 5º, XXXV E LV, CF). IMPOSSIBILIDADE DE INCURSÃO NO MÉRITO DA DECISÃO. SINDICÂNCIA ANULADA. SENTENÇA MANTIDA. RSE E

REMESSA OFICIAL IMPROVIDOS.

1. O pedido formulado não diz respeito ao mérito da sanção disciplinar aplicada pelas autoridades castrenses, mas sim, à legalidade do procedimento formal adotado para a imposição da penalidade.

2. Não há nos autos qualquer menção a crime militar a justificar o deslocamento da competência para a e. Justiça Militar, nos termos previstos pelo artigo 124 da Constituição Federal. Ao contrário, existe o expresse reconhecimento da autoridade sindicante de que o fato apurado não configura crime de natureza militar ou comum, tratando-se de **transgressão militar** sujeita ao Regulamento Disciplinar da Aeronáutica - RDAER.

3. **A jurisprudência já sedimentou o entendimento no sentido do cabimento do habeas corpus nas hipóteses de prisão disciplinar militar e acerca da competência da Justiça Federal Comum para processar e julgar o feito. Precedentes do e. STF e desta c. Corte Regional.**

[...]

6. Por outro lado, também **não procede a alegação de necessidade de esgotamento das vias administrativas militares com fulcro no artigo 51** do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80), que prevê a possibilidade de interposição de recurso, pedido de reconsideração, queixa ou representação, na hipótese do militar se sentir prejudicado ou ofendido por qualquer ato administrativo ou disciplinar de superior hierárquico.

7. **A ausência de recurso na esfera administrativa não serve de argumento para obstar a defesa de direitos e garantias fundamentais**, sendo certo que **a ordem jurídica vigente assegura o livre e amplo acesso ao Poder Judiciário**, consoante a regra prevista

pelo inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, sendo suficiente a lesão ou ameaça de lesão a direito, notadamente quando relacionado à restrição da liberdade e do direito de locomoção do indivíduo.

8. De qualquer sorte, não obstante **as premissas que norteiam o ordenamento jurídico militar, baseadas na hierarquia e na disciplina, não se mostra correta a exegese que intenta alijar os servidores públicos militares das garantias inerentes ao devido processo legal no âmbito do procedimento administrativo disciplinar**, nos termos garantidos pelo inciso LV do artigo 5º do CF.

9. **No mérito**, o núcleo da controvérsia **cinge-se em saber se a r. decisão** exarada pela autoridade impetrada, no bojo da sindicância instaurada sob a égide específica do regramento normativo castrense (Regulamento Disciplinar da Aeronáutica - RDAER), **e que determinou a prisão do militar**, ora paciente, **respeitou o devido processo legal.**

10. **A sindicância** realizada no Hospital de Aeronáutica de São Paulo, não obstante realizada com seriedade e lisura por parte das autoridades sindicantes, **acabou por desprezar os princípios fundamentais do devido processo legal, violando a regra que impõe efetivo respeito à ampla defesa e ao contraditório na seara administrativa, nos termos previstos pelo inciso LV do artigo 5º da Carta da Republica.**

11. Mesmo que o militar, ora paciente, tenha confessado a conduta em apuração, o fato é que as garantias inerentes ao devido processo legal administrativo não foram respeitadas no caso em exame, a autorizar a impetração de habeas corpus e a concessão da ordem para anular a

sindicância e a punição aplicada ao paciente (prisão).

12. Remessa Oficial e **Recurso em Sentido Estrito improvidos**, mantendo-se a r. sentença nos exatos termos em que exarada.

(TRF-3 - RSE: 21091 SP 0021091-14.2010.4.03.6100, Relator: JUIZ CONVOCADO FERNÃO POMPEO, Data de Julgamento: 26/11/2013, SEGUNDA TURMA)³⁷(grifei)

A presente decisão trata-se de um Recurso em Sentido Estrito, visando desconstituir uma sentença de primeiro grau na qual foi concedida ordem de *habeas corpus* ao paciente e anulou a punição. Nesta decisão, podemos ver em um caso prático, tudo o que foi percorrido ao longo do presente trabalho como, por exemplo, a questão da competência judiciária, do devido processo legal, a inafastabilidade do controle jurisdicional e a possibilidade de concessão do remédio constitucional sem se adentrar no mérito da punição.

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCOMPETÊNCIA. REMESSA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NULIDADE DA LIMINAR CONCEDIDA EM PRIMEIRO GRAU. MILITAR QUE DESCUMPRE ORDEM ILEGAL E SOFRE CONSEQUÊNCIA. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, INSCRITOS NO ART. 5º, §§ 1º, 2º e 3º, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

³⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Recurso em Sentido Estrito nº 0021091-1420104036100. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24733561/recurso-em-sentido-estrito-rse-21091-sp-0021091-1420104036100-trf3>, acesso em 29 de outubro de 2018.

ORDEM CONCEDIDA. SINDICÂNCIA FORMAL ANULADA. [...] 4. Ordens militares, quando emanadas dentro dos limites da legalidade e da validade jurídica, são inquestionáveis, não se submetendo ao controle que norteia o mundo civil; entretanto, inobservados tais limites, **passível é a apreciação do caso em sede de habeas corpus.** [...]” (págs. 1-2 do documento eletrônico 3). No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, sustentou-se, em suma, violação aos arts. 42, § 1º e 142, § 2º, da mesma Carta. É o relatório. Decido. A pretensão recursal não merece acolhida. Isso porque **esta Corte firmou orientação no sentido de que há a possibilidade de discussão** a respeito da legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo militar, **por meio de habeas corpus.** Nesse sentido: EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PUNIÇÃO CONSTRITIVA DE LIBERDADE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO CASTRENSE. HABEAS CORPUS. CABIMENTO. PRECEDENTES. 1. A **jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo militar, pode ser discutida por meio de habeas corpus.** Precedentes. 2. Para dissentir da conclusão a que chegou o Tribunal de origem, seria necessário o reexame do acervo probatório constante dos autos, providência que atrai a incidência da Súmula 279/STF. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE 791.401-AgR/SP, Rel. Min. Roberto Barroso).

“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PUNIÇÃO IMPOSTA A MEMBRO DAS FORÇAS ARMADAS. CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE. HABEAS CORPUS CONTRA O ATO. JULGAMENTO PELA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA. MATÉRIA AFETA À JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 109, VII, e 124, § 2º. I - À Justiça Militar da União compete, apenas, processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não se incluindo em sua jurisdição as ações contra punições relativas a infrações (art. 124, § 2º, da CF). II - **A legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de habeas corpus.** Precedentes. III - Não estando o ato sujeito a jurisdição militar, sobressai a competência da Justiça Federal para o julgamento de ação que busca desconstituí-lo (art. 109, VII, CF). IV - Reprimenda, todavia, já cumprida na integralidade. V - HC prejudicado” (RHC 88.543/SP, de minha relatoria). Isso posto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 19 de março de 2018. Ministro Ricardo Lewandowski Relator (STF - ARE: 1114260 CE - CEARÁ 0465573-26.2010.8.06.0001, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 19/03/2018, Data de Publicação: DJe-056 22/03/2018)³⁸

³⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Disponível em:

(grifei)

Em mais este julgado, podemos ver o entendimento do Supremo Tribunal a respeito do cabimento do *habeas corpus* em relação aos militares, no sentido de que é plenamente possível a impetração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ano em que a Constituição Federal de 1988 completa trinta anos de sua existência, temos muito a que comemorar, pois ela trouxe muitos direitos e garantias para os cidadãos, sendo todos voltados para os direitos humanos, ganhando o apelido carinhoso de Constituição Cidadã.

Ao mesmo tempo, sabemos que o Direito não é uma ciência exata, pois a evolução humana não permite que ele assim o seja, necessitando de constante evolução à mesma medida em que a sociedade evolui. Não há como ser diferente. Vivemos em uma era em que tudo se transforma em velocidade muito grande, através da tecnologia, da evolução humana, da quebra de paradigmas e até mesmo da mudança do gênero dos seres humanos. Desta forma, vemos a preocupação do direito em coibir os crimes cibernéticos, em proteger a liberdade de gênero, em discutir sobre a legalização do aborto e etc.

Mas em trinta anos da nova Carta Magna, percebemos que algumas categorias são esquecidas por ela, sendo uma delas a dos militares. Em uma era tão moderna, seriam ainda necessárias todas as vedações a que eles estão sujeitos? Esta pergunta não é fácil de responder. Talvez assim seja pelo passado recente da História Brasileira durante o período da Ditadura Militar.

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559064079/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1114260-ce-ceara-0465573-2620108060001>, acesso em 29 de outubro de 2018.

Muitos até hoje sentem verdadeira aversão aos militares, devido ao turbulento período anterior.

Não há como entender como uma Constituição tão moderna, se comparada com os demais países, pode conter uma vedação tão retrógrada quanto à prevista no parágrafo 2º do artigo 142, ao vedar sem nenhuma exceção o *habeas corpus* nas punições disciplinares. Todos nós sabemos que o homem é um ser falho e cheio de vaidades. Com uma vedação expressa como esta, seria possível imaginar quantas pessoas já ficaram detidas ou presas dentro de um quartel por trinta dias por vaidade ou excesso de rigor por parte de um superior, o qual tem em suas mãos o poder de definir as condutas que afetam a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe? E até que se chegasse ao entendimento que os Tribunais têm hoje, a quantas pessoas foi negado o *habeas corpus*? E no quanto que devem ter sido perseguidos aqueles que buscaram o Poder Judiciário?

Pois bem, não é possível obter todas estas respostas. Não estou aqui dizendo que o *habeas corpus* nos casos de punições disciplinares deva ser concedido em todas as vezes que for impetrado, nem muito menos dizendo que as punições devam acabar, pois o que ainda mantém a disciplina dentro das instituições são os regulamentos. Menos ainda defendendo a indisciplina dentro dos limites militares. Se assim fosse, poderia fechar os quartéis, esquecer a soberania nacional e esperar que algum inimigo externo venha nos atacar.

O que defendo é a taxatividade das transgressões e as respectivas penas a serem impostas em caso de cometimento. O que tem de ser revisto é que os decretos que instituíram os regulamentos disciplinares são inconstitucionais, pois como vimos, no inciso LXI do artigo 5º da Constituição, para que haja prisão, mesmo que por transgressão militar, tem que haver a previsão em lei. Esta ausência de previsão legal ofende o princípio da reserva legal.

Que além do inciso LXI, vimos que a alínea “f” do parágrafo 1º do artigo 61 diz que o regime jurídico dos militares deve ser regulado mediante lei ou lei complementar, sendo estas de iniciativa privativa do Presidente da República e isso até os dias atuais ainda não ocorreu.

Além do mais, vimos que no cumprimento de punições há diferenciação entre os oficiais e as praças, onde em algumas penas o oficial poderá cumprir a punição em casa, ofendendo autorizadamente em um decreto o princípio da isonomia.

Pudemos perceber também que com a vedação expressa do cabimento do “remédio heróico” aos militares, ocorre a ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Que no parágrafo 3º do artigo 51 do Estatuto dos Militares, também ocorre à violação deste princípio ao dizer que o militar só poderá procurar o Poder Judiciário depois de esgotados os recursos administrativos e mesmo assim, após dar ciência ao seu comandante.

Assim, antes de se resolver a questão se é cabível ou não, é necessário que se resolva a questão da previsão legal das transgressões disciplinares, conforme reza o artigo 61 da Constituição, para que haja uma taxatividade das transgressões e as respectivas punições, evitando que o responsável pela aplicação da punição a classifique da maneira que bem entender, evitando assim perseguições e abuso de poder por parte do superior para com o subordinado. Assim, o militar previamente saberá que, se cometer determinada transgressão sofrerá determinada punição.

Desta forma, concluo que o cabimento do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares é plenamente possível. Mesmo que os magistrados não entrem no mérito da transgressão, eles devem observar os pressupostos de legalidade, a competência e se houve abuso de poder na aplicação da punição. Que esta vedação sem restrições ofende o princípio da dignidade da pessoa

humana, pois proíbe que seja analisada a restrição de liberdade de alguém, sem se preocupar com as razões em que elas se deram, se com abuso de poder ou não, tratando os militares como se fossem “coisa” do Estado, afastando a sua característica de ser humano. Vai ainda contra o *caput* artigo 5º da Constituição que preceitua a igualdade e também o item 6, do artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos que diz que todo que se achar privado de sua liberdade tem o direito de recorrer a um juiz competente ou tribunal.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar. **O Cabimento do Habeas Corpus nas Punições Disciplinares no Brasil**. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj026351.pdf>, acesso em 17 out. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 09 ago. 2018.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. In: **Palácio do Planalto**, 1992. Brasília. Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf, acesso em 25 out. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Dispõe sobre o Código de Processo Penal Militar. In: **Palácio do Planalto**, 1969. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm, acesso em 08 set. 2018.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal. In: **Palácio do Planalto**, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm, acesso em 29 ago. 2018

BRASIL. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm, acesso em 22 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. In: **Palácio do Planalto**, 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm, acesso em 20 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário. In: **STF**, 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559064079/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1114260-ce-ceara-0465573-2620108060001>, acesso em 29 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Recurso em Sentido Estrito. In: **TRF3**, 2013. Disponível em: <https://trf3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24733561/recurso-em-sentido-estrito-rse-21091-sp-0021091-1420104036100-trf3>, acesso em 29 out. 2018.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUNIOR, Jair Soares. **O Cabimento do Habeas Corpus nas Transgressões Disciplinares Militares**. Revista da Defensoria Pública da União. Disponível em: [www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/artigo05 -_jair_soares_rodrigues.pdf](http://www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/artigo05_-_jair_soares_rodrigues.pdf), acesso em 16 set. 2018.

LINS, George. **A Magna Charta de João Sem Terra**. Disponível em: <https://georgelins.com/2009/08/09/a-magna-charta-de-joao-sem-terra-1215-a-peticao-de-direitos-1628-e-o-devido-processo-legal>, acesso em 22 out. 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Edição, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Ranna Ruanai Rodrigues *apud* OLIVEIRA, Farlei Martins. **Forças Armadas na CRFB/88: função militar, hierarquia e disciplina e especificidades do regime jurídico militar**. Revista do Ministério Público Militar. Disponível em: <http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2015/11/revista-25.pdf>, acesso em 05 out. 2018.

ANÁLISE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E OS ELEMENTOS DA CULPA E DOLO DO AGENTE PÚBLICO

*Renata Enes Machado Medeiros Silva*³⁹

RESUMO

Uma das mais importantes e avançadas leis que corroboram com o combate à corrupção é a da improbidade administrativa. Trata-se da Lei nº. 8.429/92, sendo que em seus artigos estão previstos os atos de improbidade que levam a punição ao agente público. É uma legislação que tipifica as condutas contrárias a boa gestão pública, sendo um fator que ajuda na prevenção, evita prejuízos e diminui danos a Administração Pública. Frisa-se que existem jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça sobre a Lei da Improbidade Administrativa, na qual se relaciona a forma de configurar a improbidade, ou seja, se é necessário a culpa e/ou dolo para aplicação da pena. Desta feita, deve-se fazer uma análise detalhada da legislação, para no fim, verificar como é a interpretação da jurisprudência sobre o tema. Ademais, por muitas das vezes a sociedade tem a impressão da impunidade dos agentes e autoridades públicas envolvidos em corrupção e crimes contra a Administração Pública, porém, a Lei de Improbidade Administrativa se torna muito importante, considerando que as sanções são bastante severas, e ainda, faz com que o agente seja proibido de contratar ou receber benefícios junto ao Poder Público. A obrigatoriedade da declaração de bens também é um fator de prevenção que acompanha a legislação, fazendo com que a Lei de

³⁹ Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

Improbidade Administrativa seja uma das mais importantes do país. Assim, serão analisadas estas e outras questões, tendo por objetivo apontar se todos os atos e condutas do agente, seja por motivo de culpa ou dolo, serão passíveis de sanções baseadas na Lei nº. 8.429/92. Quanto à metodologia, será utilizado o método dedutivo, ou seja, buscará compreender especificamente sobre as regras contidas na Lei nº. 8.429/92, e quanto ao método, será utilizado o procedimento funcionalista, pois, buscará compreender e interpretar sobre a aplicação da pena de improbidade administrativa aos agentes públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa. Lei nº. 8.429/92. Agente público. Culpa. Dolo.

INTRODUÇÃO

A Lei de Improbidade Administrativa, vigente através da Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992), dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. (DI PIETRO, 2009).

O presente trabalho tem por objetivo é justamente examinar e atentar para estas regras previstas na Lei de Improbidade Administrativa, para no final, verificar se a culpa e dolo devem ser elementos presentes para a aplicação da pena.

Aliás, pertinente destacar que são corriqueiras as notícias de corrupção no país, e nada mais pertinente que realizar um estudo minucioso a respeito do tema, para fim de observar que existe uma legislação que pune a conduta ímproba do agente público.

Destarte, este estudo visa, sobretudo, esclarecer sobre os aspectos da Lei de Improbidade Administrativa

(BRASIL, 1992), expondo as regras procedimentais administrativas e judiciais, bem como se fará um paralelo das punições previstas na lei e suas hipóteses, e ao final, demonstrar sobre os elementos de culpa e dolo. (DI PIETRO, 2009).

Portanto, o que se verá no primeiro capítulo é sobre a Administração Pública no cenário administrativo, apresentando seu conceito, os Poderes do Estado e os atos administrativos.

Já no segundo capítulo, será realizado uma análise da Lei de Improbidade Administrativa, de forma a perceber sobre os atos ímprobos, as sanções a serem aplicadas, a obrigatoriedade da declaração de bens e o procedimento a ser seguido, tanto no âmbito administrativo, quanto no âmbito judicial.

Por último, no terceiro capítulo, será analisada a questão da necessidade ou não de configurar os elementos culpa e dolo para configurar a improbidade administrativa.

Trata-se, portanto, de um estudo que envolve a matéria compreendida da Lei de Improbidade Administrativa, que é de importância para toda a comunidade jurídica e social, tendo em vista que aprecia os aspectos da improbidade do agente público, que deve atuar sempre de acordo com a ética e moral.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CENÁRIO ADMINISTRATIVO E POLÍTICO BRASILEIRO

Antes de adentrar no tema da improbidade administrativa, importante definir sobre a Administração Pública no cenário administrativo e político brasileiro. A Administração Pública e o viés político brasileiro estão vinculados aos Poderes do Estado, na qual envolve conjuntamente a estrutura estatal.

Esta estrutura se determina de acordo com o que prescreve o artigo 2º da Constituição Federal (BRASIL,

1988, *online*), que se referem aos três poderes: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Porém, embora a Constituição Federal (BRASIL, 1988) dispunha sobre estes Poderes da União, os demais entes federativos também possuem seus respectivos Poderes, sendo eles: o Executivo, Legislativo e Judiciário. Salienta-se, no entanto, que no caso do ente municipal, embora tenha os Poderes Executivo e Legislativo, não conta com o Poder Judiciário, eis que é de competência apenas da União e Estados e Distrito Federal.

No que consiste aos Poderes da União, como dito, consiste em três, e especificamente quanto ao Poder Legislativo faz parte do sistema político brasileiro, tendo como atribuição principal criar leis. Trata-se do Congresso Nacional, formado pela Câmara dos Deputados e Senado Federal. É o que prevê o *caput* artigo 44 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”.

Outras atribuições ao Congresso Nacional encontram-se previstas no artigo 48 da (BRASIL, 1988, *online*), sendo elas:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;

II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;

III - fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas;

IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;

V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;

VI - incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas;

VII - transferência temporária da sede do Governo Federal;

VIII - concessão de anistia;

IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 69, de 2012)

X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

XII - telecomunicações e radiodifusão;

XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;

XIV - moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal.

XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) define também sobre a competência exclusiva do Congresso Nacional, estando elas relacionadas no artigo 49. Dentre os incisos elencados no artigo 49, encontra-se a

competência exclusiva de fiscalizar, conforme assim previsto:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta. (BRASIL, 1988, *online*)

Significa que além de possuir competência para legislar, o Poder Legislativo também possui competência exclusiva de fiscalizar o Poder Executivo, evitando e prevenindo qualquer dano que possa ocorrer pela Administração Pública.

No âmbito estadual, basicamente também existem as atribuições do Poder Legislativo, mas são exercidas pela Assembleia Legislativa. Da mesma forma que ocorre com o Congresso Nacional, a Assembleia Legislativa também possui competência atípica de fiscalizar o Poder Executivo estadual.

E ainda, existe o Poder Legislativo municipal, que é exercido pela Câmara Municipal, tendo também a função típica de legislar e a função atípica de fiscalizar o Poder Executivo municipal.

Destarte, percebe-se que existe uma estrutura definida pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) que traz elementos importantes para a gestão do Estado, na qual se forma através de seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, estando presentes nos entes federativos da União, Estado e Município.

E no que condiz ao Poder Executivo, se torna crucial verificar que se trata da própria Administração Pública, pois tem por objetivo executar as atribuições que lhe foram previstas pela Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Estas atribuições se encontram no artigo 84 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

VI - dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio;

X - decretar e executar a intervenção federal;

XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando

as providências que julgar necessárias;
 XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;
 XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99)
 XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;
 XV - nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;
 XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;
 XVII - nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII;
 XVIII - convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;
 XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;
 XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;
 XXI - conferir condecorações e distinções honoríficas;
 XXII - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele

permaneçam temporariamente;
 XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;
 XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;
 XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;
 XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;
 XXVII - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.
 Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

Observe-se no *caput* do artigo 84 que cabe ao Presidente da República as atribuições elencadas nos respectivos incisos. Isto porque, conforme artigo 76 Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado”.

Assim, como o Poder Executivo se confunde com a própria Administração Pública, passa-se a analisá-la, apresentando seu conceito e características principais.

2.1 Administração Pública

A Administração Pública possui concepção de gestão dos atos estatais para benefício da coletividade. É, pois uma forma de se gerir o Estado para garantir os benefícios e serviços à população. (CARVALHO FILHO, 2004).

Tanto que a Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) dispôs sobre os direitos que devem ser concebidos a todos através da Administração Pública, conforme artigo 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Nesta esteira, cabe ao Estado cumprir o que se encontra nas leis e principalmente na Constituição Federal (BRASIL, 1988), promovendo em favor da população direitos básicos como educação, saúde, transporte, segurança, dentre outros. E para que estes direitos básicos cheguem à população, o Estado utiliza de sua Administração Pública, que é a responsável por gerir e cuidar da coisa pública, sendo necessariamente um dos Poderes previstos pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), que é o Poder Executivo.

Deste modo, os Poder Executivo da União, do Estado e do Município possuem as mesmas atribuições, quais sejam, promover os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Sendo assim, como o Poder Executivo se situa na própria Administração Pública, pode-se dizer que se trata de uma:

[...] atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para assegurar os interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado. (MORAES, 2009, p. 104).

Com efeito, quando se fala em administrar, significa o ato de gerir os próprios interesses da população. Exatamente por isso, a Administração Pública deve atuar de forma a garantir a população meios eficazes de propiciar seus interesses, desde que resguardados com os princípios da legalidade, moralidade, eficiência, dentre inúmeros outros princípios expressos ou não na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Caso não sejam resguardados tais princípios, poderá o gestor público ser enquadrado na improbidade administrativa. Inclusive, a própria Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992, *online*), especificam alguns atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, conforme artigo 11:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou

serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014)

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. (Incluído pela Lei nº 13.650, de 2018)

São apenas algumas hipóteses de que se não cumprir com as leis e princípios da Administração Pública o agente ou autoridade pública poderá ser responsabilizado pelos seus atos. Ainda existe o artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) que prevê sobre os princípios a serem seguidos pela Administração Pública:

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

Portanto, caso a Administração Pública não atue de forma a garantir os melhores interesses da população, seus atos poderão estar desvinculados ao fim público, gerando uma afronta aos princípios administrativos, podendo assim, seus atos administrativos serem declarados nulos e

passíveis de punição através das leis infraconstitucionais, dentre elas a da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992). (CARVALHO FILHO, 2004).

Percebe-se, portanto, se os interesses da Administração Pública dizem respeito à coletividade, estará gerindo a gestão estatal de forma adequada. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2001, p. 60), o conceito de Administração Pública se mistura justamente com esta forma de atuação, sendo dividido em vários sentidos:

Em sentido formal, administração pública é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços do próprio Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a administração pública é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.

Frisa-se que as atividades estritamente administrativas devem ser exercidas pelo próprio Estado, que são representados por seus agentes públicos, todavia, há órgãos administrativos que possuem natureza indireta, por isso, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) autoriza a formação da Administração Pública direta e indireta. (MORAES, 2009).

Neste passo, no que condiz a Administração Pública direta, é aquela formada pelo conjunto de órgãos que integram os entes federativos, sendo eles a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no que foi atribuída a competência para a gestão de forma centralizada para o desenvolvimento das atividades administrativas do Estado. (CARVALHO FILHO, 2004).

Entretanto, somente poderá ser um gestor público caso a população, em forma do sufrágio universal, vote de forma direta e majoritariamente pelos seus representantes, que podem ser escolhidos da seguinte forma: para a Administração Pública federal, vota-se para quem será o Presidente da República; a Administração Pública estadual, vota-se para a escolha do Governador; e para a Administração Pública municipal, vota-se para escolha de prefeito.

Por isso, somente existirá o representante dos entes federativos se o artigo 14 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) estiver garantido a todos: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...]”. Consagra-se, assim, o fundamento do Estado Democrático de Direito, onde todos escolhem aqueles que serão seus representantes, para fins de administrar e gerir a máquina pública.

Ademais, diferenciando a estrutura da Administração Pública federal para a estadual, no caso da estrutura da organização administrativa direta da União, ela se encontra prevista no Decreto-lei nº. 200/67 (BRASIL, 1967, *online*), em seu artigo 4º, inciso I: “A Administração Federal compreende: I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios”.

Já a Constituição Estadual de Minas Gerais (1989, *online*), define a Administração Pública direta em seu artigo 14, *caput*, como: “[...] administração pública direta é a que compete a órgão de qualquer dos Poderes do Estado”.

Sublinhe-se, neste passo, que quando o Estado executa tarefas através de seus órgãos internos, estará diante da Administração Direta estatal no desempenho de atividade centralizada. (MORAES, 2009).

E sobre o tema, ensina José dos Santos Carvalho

Filho (2004, p. 367) sobre a estrutura da Administração Pública direta:

O Estado possui três Poderes políticos estruturais, quais sejam: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. São eles os seus órgãos diretivos, incumbidos que estão de levar a cabo as funções que permitem conduzir os destinos do país. Apesar de sua qualidade de poderes políticos, não se lhes exclui o caráter de órgãos, que são os órgãos fundamentais e independentes das respectivas pessoas federativas. O Executivo é o Poder incumbido do exercício da atividade administrativa em geral, mas o Legislativo e o Judiciário também têm essa incumbência quando precisam organizar-se para desempenhar atividades de apoio necessárias às funções típicas a seu cargo, a normativa e a jurisdicional. Significa dizer que a administração direta do Estado abrange todos os órgãos dos Poderes políticos das pessoas federativas cuja competência seja a de exercer a atividade administrativa, e isso porque, embora seja estruturas autônomas, os Poderes se incluem nessas pessoas e estão imbuídos da necessidade de atuarem centralizadamente por meio de seus órgãos e agentes.

Por outro lado, em relação à Administração Pública indireta, é voltada pela descentralização da gestão pública. Em outras palavras, na Administração Pública indireta, suas entidades terão patrimônio próprio e personalidade jurídica própria, entretanto, estará sempre vinculada aos órgãos da Administração Pública direta. (MEIRELLES, 2001).

Neste sentido, explica Hely Lopes Meirelles (2001, p. 104): “[...] é o conjunto dos entes (entidades com personalidade jurídica) que vinculados a um órgão da

administração direta, prestam serviço público ou de interesse público”.

E conforme assevera Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 216):

A administração pública indireta é aquela em que o Estado (União, Estados, DF e Municípios) outorga a terceiros (entidades autárquicas, fundacionais, empresas governamentais e entidades paraestatais [sociedades de economia mista, empresas públicas]) a realização de serviço público, observadas as normas regulamentares.

Ademais, existem casos em que a própria Administração Pública direta, através de seus entes federal, estadual ou municipal, para melhor desempenho de suas atividades, outorgam a terceiros algumas das atividades essenciais do Estado, como por exemplo: administração, produção e comercialização de combustíveis; setor econômico; serviços de saneamento de água, energia elétrica e comunicação; dentre outros. (CARVALHO FILHO, 2004).

Assim, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2004, p. 368): “[...] haverá administração indireta em todos os casos de descentralização administrativa. Vale salientar que a descentralização também abrange os particulares, como os permissionários e os concessionários de serviços públicos”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 219) ressalva sobre a necessidade de lei para a criação destas entidades da Administração Pública indireta: “Todas as entidades da administração indireta estão sujeitas a necessidade da lei para a sua criação, aos princípios da administração pública, a exigência de concurso público para admissão do seu pessoal e a licitação para suas contratações”.

Ou seja, o Estado somente poderá fazer aquilo que

constar da lei, vinculando-se assim ao princípio da legalidade. E para exemplificar sobre a existência da Administração Pública indireta na esfera federal, transcreva-se o artigo 4º, inciso II do Decreto-lei 200/67 (BRASIL, 1967, *online*):

Art. 4º. A administração Federal compreende:

[...]

II – A administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista;
- d) Fundações Públicas.

Esta descrição abarca não somente a União, mas também, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. É o que se depreende da leitura do artigo 14, § 1º da Constituição do Estado de Minas Gerais (1989, *online*):

Art. 14. [...]

§ 1º - A administração pública indireta é a que compete:

- I – à autarquia, de serviço ou territorial;
- II – à sociedade de economia mista;
- III – à empresa pública;
- IV – à fundação pública;
- V – às demais entidades de direito privado, sob controle direto ou indireto do Estado.

O que se torna necessário observar é que, na Administração Pública direta ou indireta, devem ser respeitados os ditames da lei e principalmente os princípios administrativos, uma vez que ambos possuem como o objeto principal a coletividade, ou seja, administrar de forma a gerir os interesses da sociedade, sob pena de nulidade administrativa. (MORAES, 2009).

Esta nulidade administrativa poderá ser declarada pela própria Administração Pública, através do princípio da autotela, ou, caso assim não o fizer, pelo Poder Judiciário. Por outro lado, se houver prejuízo ou algum ato praticado pelo gesto público que ofenda a legislação, poderá ser eventualmente processado e condenado, de acordo com o que preza a Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992).

2.2 Poderes do Estado

Além da existência da Administração Pública, também existem os Poderes do Estado, que conforme já dito alhures, são os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Todos estes Poderes possuem funções típicas e atípicas, que servem para desenvolver um melhor desempenho de suas áreas específicas e para se autogerirem. (CARVALHO FILHO, 2004).

Inclusive, existe a teoria criada por Charles de Montesquieu (1748), que se resume em evitar restringir um único Poder de forma exclusiva, e ainda, no sentido dos Poderes atuarem de forma equilibrada entre eles. (SOUSA, 2017).

É o que explica Rainer Gonçalves Sousa (2017, *online*), sobre a teoria criada e desenvolvida por Montesquieu (1748):

[...] Charles de Montesquieu se debruçou no legado de seu predecessor britânico e do filósofo grego Aristóteles para criar a obra “O Espírito das Leis”. Neste livro, o referido pensador francês aborda um meio de reformulação das instituições políticas através da chamada “teoria dos três poderes”. Segundo tal hipótese, a divisão tripartite poderia se colocar como

uma solução frente aos desmandos comumente observados no regime absolutista. Mesmo propondo a divisão entre os poderes, Montesquieu aponta que cada um destes deveriam se equilibrar entre a autonomia e a intervenção nos demais poderes. Dessa forma, cada poder não poderia ser desrespeitado nas funções que deveria cumprir. Ao mesmo tempo, quando um deles se mostrava excessivamente autoritário ou extrapolava suas designações, os demais poderes teriam o direito de intervir contra tal situação desarmônica. Neste sistema observamos a existência dos seguintes poderes: o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. O Poder Executivo teria como função observar as demandas da esfera pública e garantir os meios cabíveis para que as necessidades da coletividade sejam atendidas no interior daquilo que é determinado pela lei. Dessa forma, mesmo tendo várias atribuições administrativas em seu bojo, os membros do executivo não podem extrapolar o limite das leis criadas.

Justamente amparado pela teoria de Montesquieu (1748) é que o sistema administrativo brasileiro se formou, conforme fica constatado pelo artigo 2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Já o artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), também ressalta a importância dos Poderes, fazendo com que esta teoria de Montesquieu (1748) seja considerada como cláusula pétrea, ou seja, inmutável pelo legislador:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
[...]
III - a separação dos Poderes;

Com a existência destes Três Poderes é que cada um deles atua de forma a melhor gerir o Estado em favor do interesse público. (CARVALHO FILHO, 2004).

No que tange ao Poder Executivo, possui atribuição de executar as leis concretamente, ou seja, administrar o Estado. Assim, falar em Poder Executivo é o mesmo que falar em Administração Pública, tendo aí sua função típica. (CARVALHO FILHO, 2004).

Assim, não restam dúvidas sobre a estrutura presente dentro de um Estado Democrático de Direito, onde cada Poder dependerá um do outro nos limites traçados pela Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Noutro norte, existem os atos administrativos, que vinculado ao Poder Executivo servem para exteriorizar a forma de se administrar. É, pois, um importante tema a ser também destacado, pois assegura uma estreita relação com os atos de culpa ou dolo praticados pelos agentes públicos.

2.3 Atos administrativos

É através dos atos administrativos que o gestor público exterioriza suas vontades e que devem estar voltada para toda a sociedade. Sem os atos administrativos impossível seria gerir a coisa pública, sendo que o administrador deve emitir portarias, atos normativos, proceder licitações, contratar etc.

Por isso, é de inteira importância que os atos administrativos estejam revestidos de validade, forma, motivo, competência e finalidade. Caso contrário, o ato poderá estar maculado, e necessariamente poderá ser invalidado, seja pela própria Administração Pública através de sua autotutela, seja pelo controle do Poder

Judiciário. (CARVALHO FILHO, 2004).

E para definir o conceito de ato administrativo, pertinente destacar as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro citada por Carlos Barbosa (2010, *online*): “[...] ato administrativo é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo Poder Público”.

Observe-se que o conceito de ato administrativo possui como premissas: a declaração do Estado, que é a forma de sua exteriorização, devendo ser através de pessoa que o represente, e neste caso, diga-se que é o agente público; produção de efeitos jurídicos; observância da legalidade; regime jurídico público; e possibilidade do controle dos atos administrativos pelo Poder Público. (DI PIETRO, 2010).

É necessário, portanto, que o ato administrativo expedido pela Administração Pública emane de agente da própria Administração Pública ou desde que esteja dotado desta prerrogativa. Como diz José dos Santos Carvalho Filho citado por Victor Calegare Largura Queiroz (2013, *online*): “[...] seu conteúdo há de propiciar a produção de efeitos jurídicos com fim público. Por fim, deve toda essa categoria de atos ser regida basicamente pelo direito público”.

E como preconiza Alexandre de Moraes (2009, p. 77): “Administrar é aplicar a lei de ofício”. Assim, a submissão do ato administrativo ao princípio da legalidade (ou juridicidade), constitucionalmente previsto no artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) é dever, não podendo o administrador adotar outras providências para se afastar da finalidade pública. (CARVALHO FILHO, 2004).

Contudo, pode-se dizer que o ato administrativo é a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou que se encontrem nesta prerrogativa, visando à produção de efeitos jurídicos sempre com o intuito de

preservar e alcançar o fim público. (DI PIETRO, 2003).

E como a Administração Pública pode exteriorizar seus atos de formas diversas, considerando que muitos são os meios de administrar, devem ser exteriorizadas de forma a atender e preenhecer os requisitos da lei.

Por exemplo, quando o interessado faz um pedido junto a Administração Pública requerendo licença para construir, o agente público deverá iniciar o processo administrativo, para depois, proceder com o deferimento ou não dessa licença, criando assim uma decisão que possuirá efeitos jurídicos.

Desta decisão, haverá necessariamente a validade, a forma, o motivo, a competência e a finalidade. Em relação à validade, possui aspecto de legalidade. Isto porque, se a autoridade pública deferir ou indeferir o pedido do interessado, deverá fazê-lo de forma a garantir o fim público, e ainda, em estrita observância a legalidade para evitar qualquer tipo de lesão.

Ainda a título de exemplo, se o agente público não observa a lei e aceite algum tipo de vantagem para deferir o pedido de licença para construir, estará agindo contrariamente a legalidade e moralidade pública, ensejando assim em atos de improbidade.

Para tanto, a Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992, *online*) assim preceitua em seu artigo 9º, inciso I:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:
I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão,

percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

Fica claro, portanto, se o agente público não cumprir com as normas e princípios inerentes a Administração Pública, seus atos será tido como culposos ou dolosos, e diante disso, poderá gerar como consequência a improbidade administrativa, punida de acordo com a Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992).

Assim, baseando nos atos administrativos praticados pelo Poder Executivo, que é gerido pela Administração Pública, caso não obedeça aos ditames da lei, o agente público poderá ser responsabilizado. Esta responsabilização gira em torno de umas das mais importantes leis, que é a Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992), na qual passa a ser analisada conforme capítulo a seguir.

3 ANÁLISE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992) é uma das mais importantes leis de combate à imoralidade e corrupção na Administração Pública. Possui foco nos atos que ensejam prejuízos ao erário público, bem como disciplina as regras do procedimento administrativo e judicial.

Em primeiro lugar, pertinente focar no conceito de improbidade administrativa, na qual possui destaque a expressão proba. Trata-se, na verdade, de um paralelo entre a moralidade, sendo que o ato imoral também será considerado ímprobo. (FAZZIO JÚNIOR, 2007).

Nesta esteira, quando se pratica um ato imoral e ímprobo, a consequência é o prejuízo ao erário público, e também, a toda à sociedade. Quando o administrador

utiliza da máquina pública para se corromper ou causar benefício a si próprio ou terceiros, a Administração Pública perde sua essência na questão da finalidade essencial, que é sempre estar voltada para o interesse público. (FAZZIO JÚNIOR, 2007).

Destarte, o que a Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992) irá proteger é os atos que denotam a improbidade e a imoralidade administrativa. Pode-se dizer, assim, que o conceito de improbidade administrativa, segundo Marino Pazzaglini Filho (2002, p. 24) é:

[...] o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo 'tráfico de influência' nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.

O mesmo autor complementa o conceito de improbidade administrativa, mas dessa vez destacando-o juntamente com os princípios constitucionais:

De forma geral, a improbidade administrativa não reclama tanta elaboração para que seja reconhecida. Estará caracterizada sempre que a conduta administrativa contrastar qualquer dos princípios fixados no art. 37, caput da CF (legalidade,

impessoalidade, moralidade e publicidade), independentemente da geração de efetivo prejuízo ao erário. (PAZZAGLINI FILHO, 2002, p. 26).

Observe-se, portanto, a linha tênue que se forma entre o conceito de improbidade administrativa, com os princípios constitucionais previstos no artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

E não poderia ser diferente, pois, enquanto a Constituição Federal (BRASIL, 1988) dispõe sobre os princípios a serem seguidos na Administração Pública, a lei infraconstitucional tratou de prever as punições contra o administrador que não observa respectivos princípios, e que causam a imoralidade e improbidade administrativa. (ALVES, 2000).

Neste sentido, tem-se o entendimento de Léo da Silva Alves (2000, p. 216):

Improbidade administrativa é desonestidade em seu sentido mais amplo. Implica na falta de zelo com dois elementos: o patrimônio público e o interesse público. Relaciona-se com a conduta do administrador e pode ser praticada não apenas pelo agente público, *lato sensu*, senão também por quem não é servidor e infringe a moralidade pública. O ato de imoralidade, na opinião da melhor doutrina, afronta a honestidade, a boa fé, o respeito à igualdade, as normas de conduta humana e outros postulados éticos e morais. Qualquer cidadão pode propor ação popular, com objetivo de anular ato lesivo à moralidade administrativa. Não terá que arcar com as custas judiciais nem está sujeito à sucumbência, a não ser que fique comprovada a má-fé. Trata-se, portanto, de conduta humana positiva ou negativa, ilícita, que, também, poderá acarretar uma sanção civil, administrativa e penal,

em virtude dos bens jurídicos atingidos pelo fato jurídico. Para estar configurada a improbidade administrativa basta que haja afronta aos princípios insculpidos no caput do artigo 37 do Texto Maior, não sendo imperiosa a necessidade de que haja prejuízo financeiro ao erário.

Outras características sobre a improbidade administrativa são apontadas por Marcelo Caetano (1990, p. 749), que destaca a questão da honestidade e interesse público:

[...] o funcionário deve servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.

Já Waldo Fazzio Júnior (2001, p. 50) diz que a palavra improbidade prevista na legislação decorre: “[...] do latim *improbitate*, significando falta de probidade, desonestidade e desonradez”. E continua, destacando os atos comissivos ou omissivos que também ocasionam a improbidade administrativa:

Não adianta palmilhar a busca de um conceito preciso nessa matéria. Também não é oportuno importá-lo do regramento legal, porque este é extremamente detalhado e, por isso, capaz de produzir sensíveis confusões exegéticas. Nem adianta qualquer prospeção subjetiva, uma vez que, juridicamente, o que interessa são os atos comissivos ou omissivos que desvelam a improbidade e seus efeitos. (FAZZIO JÚNIOR, 2001, p. 51).

Ademais, pertinente apresentar os exemplos dados por Marcelo Figueiredo (2000, p. 22), sobre a violação do princípio da probidade administrativa que importa na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992):

Os grandes exemplos de improbidade no Brasil são: aplicação irregular de verba pública, desvio de verba pública, falta de prestação de contas, frustração de concurso de processo licitatório, superfaturamento de obra pública – esses são os mais comuns atos de improbidade administrativa praticados diariamente pelos administradores públicos brasileiros. E esses atos são classificados como atos de improbidade administrativa. Fato é que, não temos na doutrina nacional uma definição precisa – e nem poderíamos ter – do que seja um ato de improbidade ou do que seja a moralidade administrativa. O que temos são determinadas condutas descritas na Lei nº. 8.429/92 como sendo violadoras do dever de probidade administrativa.

Assim, apresentadas as primeiras premissas sobre a improbidade administrativa, passa-se a analisar a legislação em si, destacando inicialmente sobre os atos e quem são os sujeitos para fim de enquadramento na Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992).

3.1 Os atos de improbidade administrativa

Não é qualquer pessoa que, ao cometer o ato imoral ou ímprobo, será processado nos moldes da Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992), que trata da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992).

Para que se possa configurar a improbidade administrativa prevista na Lei nº. 8.429/92 (BRASIL,

1992, *online*), o ato deverá ser praticado de acordo com o que prevê o artigo 1º da lei:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Verifica-se que os atos de improbidade são praticados pelo agente público, podendo ser servidor ou não. Ou seja, não é necessário que a pessoa seja servidor público concursado para praticar um ato imoral e ímprobo, uma vez que existem aqueles que mesmo não realizando concurso público para adentrar nos quadros de servidores da Administração Pública, também possuem esta qualidade.

São aqueles, por exemplo, que exercem cargo de confiança, ou que são eleitos através de mandado, ou aqueles que são contratados e agem em nome da própria Administração Pública.

Nesta esteira, o servidor público, concursado ou não, será considerado o sujeito ativo, na qual é o responsável pela conduta ímproba e imoral. Já o sujeito passivo, o próprio artigo 1º da Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992, *online*) diz que pode ser a: “[...] administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos entes federativos, empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade cujo custeio junto ao erário seja mais de cinquenta por cento”.

Observe-se, portanto, que a Lei de Improbidade

Administrativa (BRASIL, 1992) protege qualquer ente ou entidade pública, visando ressarcir e punir os atos praticados pelo agente que cometeu os atos desonestos e corruptos.

Para tanto, até mesmo haverá punição contra aqueles que praticam algum ato que não esteja de encontro aos órgãos da Administração Pública, mas que de alguma forma existe patrimônio público. É o que dispõe o parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992, *online*):

Art. 1º. [...]

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Ou seja, se existe patrimônio ou dinheiro público alocado em empresas que não possuem caráter público, mas sim privado, e caso alguém venha causar prejuízo ao erário, também será responsabilizado de acordo com a Lei de Improbidade Administrativo (BRASIL, 1992).

É certo dizer, então, que toda e qualquer obra, patrimônio, valores ou bens que pertençam à Administração Pública, será protegido pela Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992). Importante, pois, destacar que a lei impõe uma limitação, significando que o servidor ou não irá obter a: “[...] sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos”. (BRASIL, 1992, *online*)

Por exemplo: no caso da Administração Pública financiar parte de uma obra, e a outra parte tratar de patrimônio privado. Se a parte financiada pela Administração Pública foi corrompida, a sanção a ser aplicada somente se valerá nesta parte, e não sobre valor total. É por isso que a legislação diz sobre a repercussão do ilícito, que se baseia apenas na parte destinada ao erário público.

Por outro lado, pertinente destacar quem serão as pessoas que praticam a improbidade administrativa. Como já dito, será o agente público, podendo ser o servidor ou não, sendo que respectivas pessoas encontram-se definidas no artigo 2º da Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992, *online*):

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Em relação aos terceiros que não são agentes públicos, a legislação também as contempla como responsáveis de modo a responderem pela Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992). O particular, por sua vez, irá responder de acordo com a Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992) apenas se induzir ou concorrer com o agente público para a prática do ato imoral e ímprobo, conforme determina o artigo 3º da Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992, *online*): “As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

Sobre o aspecto doutrinário, Wallace Paiva

Martins Júnior (2009, p. 66) assevera que: “[...] quem administra interesse alheio tem o dever de geri-lo como se administrasse o próprio, com diligência, cuidado, atenção e, sobretudo, vinculação à finalidade do interesse que tutela”.

E conforme afirma Waldo Fazzio Júnior (2007, p. 37):

O dever de probidade ou de honestidade no trato da coisa decorre do dever constitucional de agir conforme os princípios da moral na Administração Pública, isto é, com boa-fé, fidelidade à verdade, respeito a toda pessoa humana, sem causar danos a quem quer que seja, sem dilapidar o patrimônio público, sem usar do cargo ou função apenas para benefício próprio ou extrair vantagens egoísticas.

Portanto, caso o agente público pratique um ato imoral e ímprobo, sendo ele servidor ou não, responderá de acordo com a Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992). O particular também irá responder, desde que induza ou concorra para o ato. Neste caso, o particular nunca responderá sozinho, pois, sempre deverá estar vinculado ao agente público.

3.2 Sanções nos atos de improbidade administrativa

As sanções para quem pratica os atos de improbidade administrativa se encontram previstas na Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992). Dentre estas sanções, deve-se ter em mente quatro atos que acarretam a improbidade, sendo elas: os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; os atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de

benefício financeiro ou tributário; e os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

Para cada ato existe determinado tipo de sanção aplicada, levando em consideração a sua gravidade. As sanções que importam em enriquecimento ilícito, por exemplo, possuem consequências maiores do que aquelas que atentam contra os princípios da administração pública.

Para tanto, importante destacar os atos que se encontram previstos na Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992). Salienta-se que são hipóteses abertas, podendo existir outras que não se encontra ali expresso.

De acordo com o artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992, *online*), os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito são:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Caso o agente público, concorrendo ou não com o particular, pratique os atos acima previstos, serão sancionados com as seguintes penas, de acordo com o artigo 12, inciso I da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992, *online*):

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de

dez anos;

Importante destacar que, independente de a pessoa ser punida na esfera penal, civil ou administrativa pela mesma conduta, também serão aplicadas as sanções previstas no artigo 12.

Ademais, o responsável pelo ato de improbidade estará sujeito às cominações que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Significa que para cada conduta poderá ser aplicada mais de uma sanção. (ALEXANDRINO; PAULO, 2008).

Por sua vez, existem fundamentos de aplicação das sanções de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Nas palavras de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2008, p. 155):

O postulado da proporcionalidade é importante, sobretudo, no controle dos atos sancionatórios, especialmente nos atos de polícia administrativa. Com efeito, a intensidade e a extensão do ato sancionatório deve corresponder, deve guardar relação de proporcionalidade com a lesividade e gravidade da conduta que se tenciona reprimir ou prevenir. A noção é intuitiva: uma infração leve deve receber uma sanção branda; a uma falta grave deve corresponder uma sanção severa.

Neste mesmo sentido, explica Marino Pazzaglini Filho (2002, p. 155):

Pois bem, os princípios constitucionais interligados da razoabilidade e proporcionalidade, de natureza implícita, que esclarecem e instruem o princípio constitucional maior e primário da legalidade, são de observância obrigatória na aplicação das medidas punitivas em geral. Deduz-se desses princípios que a

imposição das sanções elencadas para os atos de improbidade administrativa deve ser razoável, isto é, adequada, sensata, coerente em relação ao ato ímprobo cometido pelo agente público e suas circunstâncias, e proporcional, ou seja, compatível, apropriada, pertinente com a gravidade e a extensão do dano (material e moral) causado por ele.

No contexto exemplificativo, destaca Pedro Evandro de Vicente Rufato (2011, *online*):

[...] para um agente público que pratica um ato de improbidade administrativa sem grande relevância (uma conduta de pouca gravidade, de cunho formal, ainda que lesiva ao princípio da legalidade), não seria justo aplicar todas as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Já para aquele que causou grande dano ao erário e, ainda, se enriqueceu de forma ilícita, justo, necessário e imprescindível a aplicação de todas as sanções previstas na legislação. Igualar as duas condutas seria dar tratamento igual a casos distintos, numa clara violação aos princípios da isonomia e da proporcionalidade.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça demonstra sobre a aplicação das penas, que podem ser isoladamente ou cumulativamente, dependendo da extensão do dano, bem como a aplicação da proporcionalidade e razoabilidade, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO IRREGULAR DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR SERVIDORA DO INSS. COBRANÇA

DE VANTAGEM INDEVIDA. CONDENAÇÃO POR INFRINGÊNCIA AOS ARTS. 9º, I, E 10, I DA LEI 8.492/92. INCONFORMIDADE DO MPF APENAS COM A MULTA CIVIL FIXADA EM TRÊS VEZES O VALOR ILICITAMENTE ACRESCIDO AO PATRIMÔNIO DA RECORRIDA (ART. 12, II DA LEI 8.429 /92), REQUERENDO QUE ESTA SEJA ESTABELECIDA SOBRE O VALOR DO DANO (ART. 12, I DA LEI 8.429 /92). JUÍZO DE EQUIDADE REALIZADO PELO TRIBUNAL A QUO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. RECURSO ESPECIAL DO MPF DESPROVIDO. 1. Na hipótese, a recorrida foi condenada por infringência aos arts. 9º, I, e 10, I da Lei 8.492 /92, por concessão irregular de benefícios previdenciários mediante pagamento de vantagem patrimonial indevida, tendo sido infligida, dentre outras sanções, a pena de pagamento de multa civil de 3 vezes o valor acrescido ao seu patrimônio, limitado ao valor do dano. 2. Ausente maltrato ao art. 12 da Lei 8.492/92 uma vez que a recorrida foi condenada tanto por infração ao art. 9º, quanto por maltrato ao art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa , e, nos termos do referido artigo, na fixação das penas, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, o Juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. 3. In casu, constata-se que as penalidades foram aplicadas de forma fundamentada e razoável, com amparo em juízo de equidade realizado pelo Tribunal a quo a partir no conjunto fático-probatório dos autos e das peculiaridades do caso, não havendo que se falar,

portanto, em violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 4. Recurso Especial a que se nega provimento. (STJ. REsp 1232888 / PE. Recurso Especial 2011/0018420-8. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data de julgamento: 03 out. 2013. Data de publicação: 25 out. 2013). (BRASIL, 2013, *online*)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PENALIDADES. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 12 DA LEI N. 8.429 /92, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 12.120 /2009. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental em obediência aos princípios da economia processual e da fungibilidade. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, cada inciso do art. 12 da Lei 8.429 /1992 traz uma pluralidade de sanções, que podem ser aplicadas cumulativamente, cabendo ao magistrado a sua dosimetria, como bem assegura o seu parágrafo único. 3. Hipótese em que as penalidades foram aplicadas de forma razoável e proporcional ao ato praticado não merecendo reforma o acórdão recorrido. Ademais, modificar o posicionamento adotado pela instância ordinária envolve o reexame de provas, o que é inviável em recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, mas improvido. (STJ. EDcl no AREsp 360707 / PR. Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 2013/0196592-5. Órgão

Julgador: Segunda Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Data de julgamento: 05 dez. 2013. Data de publicação: 16 dez. 2013). (BRASIL, 2013, *online*)

E continuando, também existem as penas quando praticados os atos que importam em prejuízo ao erário, estando eles previstos no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992, *online*):

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do

patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014)

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio

da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

VII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014, com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua

aplicação irregular. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014, com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

Caso sejam praticadas as condutas acima previstas, de forma isolada ou cumulativa, estará o agente público ou particular que induziu ou concorreu para o ato, sujeitos as seguintes penas, de acordo com o artigo 12, inciso II da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992, *online*):

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

[...]

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

No que tange aos atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, foi inserido na Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992) através da Lei Complementar nº. 157 (BRASIL, 2016) de 2016, incluindo o artigo 10-A na legislação.

Assim prevê o respectivo artigo 10-A:

Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016). (BRASIL, 1992, *online*)

Em relação às penas a serem aplicadas, encontra-se no artigo 12, inciso IV da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992, *online*), e que também foi incluída pela Lei Complementar nº. 157 (BRASIL, 2016):

Art. 12. [...]

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

E por fim, em relação aos atos que atentam contra os princípios da administração pública, encontram-se previstas no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992, *online*):

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os

deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014)

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. (Incluído pela Lei nº 13.650, de 2018)

Quanto as penas para quem pratica os atos do artigo 11, prevê o artigo 12, inciso III da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992, *online*):

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

[...]

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Estes são, portanto, os atos e as sanções que podem ser aplicadas aos agentes públicos e particulares que concorram para a prática de atos ímprobos e imorais contra a Administração Pública.

3.3 Da declaração de bens

Pertinente destacar, por ser de inteira importância, sobre os bens a serem declarados pelo agente público quando tomam posse na função pública. Quando o agente público toma posse da função pública, deverá declarar seu patrimônio privado, para fins de controle da moralidade administrativa, de forma a não caracterizar em eventual enriquecimento ilícito por conta da função pública assumida. (MARTINS JUNIOR, 2011).

Sobre esta questão da declaração de bens, explica

Wallace Paiva Martins Junior (2011, *online*):

[...] importante instrumento instituído pela Lei Federal 3.164/57, e mantido pela Lei Federal 8.429/92, é o referente a obrigatoriedade da apresentação de declaração de bens do agente público no momento de sua investidura, e suas sucessivas atualizações anuais, abrangendo informações do cônjuge e dependentes, sob pena de demissão a bem do serviço público no caso de ausência ou falsidade do conteúdo. Trata-se de um controle permanente da moralidade no exercício de função pública, com grande serventia para aferição de eventual enriquecimento ilícito do agente, que é ato de improbidade administrativa (art. 9º), notadamente nos casos de evolução patrimonial desproporcional em relação à renda (art. 9º inc. VII), bem como de muita utilidade para ministrar pedido de indisponibilidade de bens, garantindo a execução de sentença condenatória de perda dos bens adquiridos ilicitamente ou de ressarcimento do dano ao erário (arts. 7º e 18, Lei Federal 8.429/92), evitando a insolvência fraudulenta e simulada, e a impunidade.

No contexto legal, a declaração de bens encontra-se prevista no artigo 13 da Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992, *online*):

Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

§ 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e

valores patrimoniais, localizado no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.

§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.

§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.

§ 4º O declarante, a seu critério, poderá entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações, para suprir a exigência contida no caput e no § 2º deste artigo

Frisa-se que o momento de entregar a declaração de bens é no ato da posse e do exercício. Portanto, estes dois momentos ficam condicionados à apresentação dos bens.

Wallace Paiva Martins Junior (2011, *online*) apresenta a importância da declaração de bens para prevenir os atos de enriquecimento ilícito ou outro ato que importe em prejuízo ao erário público:

[...] o aprimoramento do controle da legitimidade do enriquecimento de agentes públicos no exercício de funções públicas adquiriria maior segurança com a obrigatoriedade da apresentação de declaração de bens referente ao exercício da investidura em função pública, mas

também dos exercícios anterior e posterior (ao término), ou referentes a investidura passada em outros cargos, empregos ou funções públicas, proporcionando universo maior de informações na análise de eventual incompatibilidade da evolução patrimonial e de outras formas de enriquecimento ilícito. Nesse sentido, concorre ainda a necessidade das informações bancárias e fiscais serem arquivadas nas respectivas entidades por prazos maiores que os atualmente estabelecidos, porquanto na maioria dos casos o enriquecimento ilícito só é anos após descoberto ou investigado.

Sobre o aspecto da punição de quem não proceder com a declaração de bens, Wallace Paiva Martins Junior (2011, *online*) explica:

A recusa, o atraso, ou falsidade de sua prestação gera a demissão a bem do serviço público (art. 13 § 3º, Lei Federal 8.429/92), sem prejuízo de outras sanções cabíveis, estabelecidas, agora, no art. 3º da Lei Federal 8.730/93, configurando, de um lado, crime de responsabilidade (Lei Federal 1.079/50), e de outro, infração político-administrativa (no caso dos Municípios, lei municipal deve estabelecer a propósito), crime funcional (lei penal deve prever o fato típico e as respectivas penas) ou falta grave disciplinar, puníveis com a perda do mandato, demissão do cargo, exoneração do emprego ou destituição da função, além de inabilitação (até cinco anos) para o exercício de novo mandato, cargo, emprego ou função pública. Sem prejuízo dessas previsões específicas, o fato em si mesmo considerado pode caracterizar ato de improbidade administrativa.

Sendo assim, se o agente público recusar a prestar a declaração de bens, ou prestar informações falsas, cometerá a improbidade administrativa punida por demissão. (MARTINS JUNIOR, 2011).

3.4 Procedimento administrativo e do processo judicial

Por último, a Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992) também prevê sobre o procedimento administrativo e o processo judicial a ser seguido no que tange a improbidade administrativa.

Duas situações devem ser examinadas: a primeira pela administração pública; e a segunda quando o processo administrativo for enviado ao judiciário para o julgamento.

O artigo 14 da Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992, *online*) demonstra quem poderá representar à autoridade administrativa competente para fins de ser instaurada investigação administrativa para apurar a prática de ato de improbidade:

Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

§ 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

§ 2º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei.

§ 3º Atendidos os requisitos da

representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.

Com efeito, o primeiro momento será a partir da representação que será encaminhada à autoridade administrativa, para fins de nomear uma comissão processante para investigar se existiu ou não o ato de improbidade.

Em decorrência, duas situações podem acontecer: a primeira, a comissão processante concluir que não existiu ato de improbidade, fazendo com que a autoridade administrativa rejeite a representação. Tal conduta não impede a representação ao Ministério Público, conforme descrito no § 2º do artigo 14 (BRASIL, 1992); a segunda, se existirem elementos da existência do ato de improbidade, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos, de acordo com o § 3º do artigo 14.

A seguir, dispõe o artigo 15 da Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992, *online*):

Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.
Parágrafo único. O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.

Significa que o Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas, depois de tomar conhecimento sobre

a abertura de procedimento administrativo, poderá designar representante para acompanhar as investigações contra o agente público. (MARTINS JUNIOR, 2011).

E caso haja fundados indícios de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, serão tomadas as providências previstas no artigo 16 da Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992, *online*):

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

O sequestro dos bens previsto no artigo acima transcrito é um procedimento que garante um futuro ressarcimento de valores aos cofres públicos. Neste sentido, Waldo Fazzio Junior (2001, *online*) explica que o objetivo do sequestro é: “[...] garantir o respaldo patrimonial da futura execução da sentença condenatória de ressarcimento de danos ou de restituição de valores hauridos ilicitamente mediante ato de improbidade”.

Waldo Fazzio Junior (2001, *online*) ainda explica como é o procedimento de sequestro em uma ação de improbidade administrativa:

O pedido de sequestro/arresto de bens do

agente público pode ser preventivo (preliminar) ou liminar, no corpo da petição inicial da ação civil pública de improbidade, antes do pedido final. Justifica-se o sequestro/arresto de bens móveis pela eventualidade de seu desvio, o que é remediado pelo seu depósito judicial. No caso do bem imóvel, como tal perigo incorre, pode-se, conforme o caso, postular o sequestro/arresto de frutos e rendimentos, desde que se comprove que o autor administraria com mais proveito aqueles rendimentos ou conservaria melhor o imóvel. É bom ter em mente que, no caso de cautelar preparatória, a ação civil pública deverá ser ajuizada no prazo de 30 dias, cujo termo a quo é a data da efetivação da medida cautelar, tudo consoante o art. 806 do Código de Processo Civil, quando esta for concedida em procedimento preparatório. Se a ação principal não for ajuizada, a medida pode ‘cair no vazio’, ou seja, operar-se a decadência. O processo cautelar está ideologicamente amarrado ao processo de fundo, resulta de cognição sumária e não produz coisa julgada. A providência cautelar não pode se perpetuar. Se incidental, conserva sua eficácia, na pendência deste, inclusive durante eventual suspensão (o critério é do juiz), ressalvada a possibilidade de sua revogação ou modificação. Aliás, toda cautelar é provisória e transitória. Assim sendo, cessa a eficácia da medida cautelar se a parte não ajuizar a ação no prazo de 30 dias ou se não executada nesse prazo. Também cessa, com a resolução judicial, com ou sem apreciação do mérito, do processo principal, é claro.

Depois de solicitado o sequestro e após ser efetivada a medida cautelar, deve o Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas ingressar com a ação

principal no prazo de trinta dias, conforme dispõe o *caput* do artigo 17 da Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992, *online*): “A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar”.

Caso não exista o pedido de sequestro ou não seja efetivada, não é necessário observar este prazo, podendo ser ingressado com a ação judicial depois de ser expedido o relatório conclusivo da comissão processante. (FAZZIO JÚNIOR, 2007).

Ajuizada a ação principal, fica vedado qualquer tipo de transação, acordo ou conciliação, conforme prevê o § 1º, do artigo 17 da Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992, *online*): “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput”. Isto porque, os bens que estão sendo protegidos são os bens públicos, e por isso, não se pode negociar com o infrator qualquer tipo de acordo, transação ou conciliação. (FAZZIO JÚNIOR, 2007).

Nos casos da Fazenda Pública ser a pessoa jurídica que sofrer o dano em decorrência da improbidade administrativa, poderá promover outras ações necessárias para complementar o ressarcimento do patrimônio público, conforme previsto no § 2º do artigo 17: “A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público”. (BRASIL, 1992, *online*)

E também conforme § 3º desse mesmo artigo 17: “No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965”. (BRASIL, 1992, *online*)

Caso o Ministério Público não atue como parte no processo de improbidade pública, ou seja, quando for a Procuradoria do Órgão for o responsável por ajuizar a ação judicial principal, o Ministério Público atuará como fiscal da lei, conforme prevê o § 4º do artigo 17: “O

Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade”. (BRASIL, 1992, *online*)

E para instruir a ação de improbidade administrativa, deve ser observado o procedimento previsto no § 6º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992, *online*)

A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

Os §§ 7º, 8º e 9º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992, *online*) correspondem à forma que o juiz receberá a ação principal e os prazos, conforme se transcrevem a seguir:

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

§ 9º Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação.

Marcella Oliveira Melloni de Faria (2015, *online*) disserta sobre este procedimento judicial adotado pela Lei

de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992):

Na realidade, esse procedimento singular consagrado pela Lei de Improbidade Administrativa revela, em seu âmago, os limites traçados pela Lei Maior à atuação do Estado, conferindo ao agente público, na qualidade de cidadão detentor de direitos e garantias fundamentais, uma proteção contra eventuais abusos e excessos de poder quando inexistentes motivos (indícios) graves, contundentes, suficientes, precisos, verossímeis para a sua responsabilização. Assim, por ser a ação civil desta natureza portadora de consequências de ordem moral e jurídica, se convencido o magistrado das hipóteses específicas elencadas no artigo 17, §8º, após uma análise pormenorizada, rejeitará de plano a demanda. A ação por ato de improbidade possui um inegável caráter público e, sendo assim, ao mesmo tempo em que estão em tela direitos indisponíveis da Administração Pública, também o estão em relação ao acusado, vez que a admissão de uma demanda dessa natureza pode trazer prejuízos imensuráveis para a imagem do indivíduo perante a sociedade, que certamente o verá como ímprobo durante todo o trâmite de uma ação demorada e penosa, muito embora se conclua, ao final, por sua inocência.

Ademais, o artigo 18 da Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992, *online*) dispõe sobre a consequência em relação a sentença que julgou procedente a ação de improbidade administrativa:

Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou

a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

Portanto, estes são os procedimentos administrativos e judiciais previstos na Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992), que deverá ser seguido para que, ao final, aplique as sanções cabíveis ao agente público e ao terceiro que concorreu e/ou induziu para o ato de improbidade administrativa.

Assim, analisados os pontos centrais da Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992), passa-se a analisar o objeto de estudo, que se relaciona à culpa e o dolo.

4 ANÁLISE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA CONFIGURAÇÃO DA CULPA E DOLO

O Superior Tribunal de Justiça é o principal tribunal superior que decide sobre as ações de improbidade administrativa, tanto que já exauriu jurisprudências a respeito de questões que até então eram controversas nas instâncias inferiores.

Pois bem, quanto à questão sobre a configuração da culpa e dolo, o Superior Tribunal de Justiça entende que é necessário à má-intenção do agente para que possa lhe atribuir a pena delineada pela Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992).

Antes deste entendimento, existia a interpretação da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que a configuração da improbidade administrativa não dependia dos aspectos do dolo e culpa, conforme jurisprudência a seguir:

ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE – LICITAÇÃO - IRREGULARIDADE -

CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO SEM OBSERVÂNCIA DAS NORMAS ADMINISTRATIVAS PERTINENTES - LEI 8.429/92 - IMPOSIÇÃO DE PENA

1. Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais.

2. Não havendo diferença no procedimento dos réus partícipes dos atos de improbidade, desnecessária a individualização das sanções.

3. Constatação de que as irregularidades foram cometidas para anular a concorrência e levar a uma modalidade inadequada de licitação. Configuração objetiva do ato de improbidade, independentemente de dolo ou culpa.

4. Correta a imputação da pena de perda de direitos políticos, a teor do art. 12, III da Lei 8.429/92.

5. Recursos especiais improvidos. (STJ. REsp 287728 / SP. Recurso Especial nº. 2000/0118835-6. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relatora Ministra Eliana Calmon. Data de julgamento: 02 set. 2004. Data de publicação: 29 nov. 2004).

Tal posicionando fez com que parte da doutrina se direcionasse de forma distinta, como no caso a de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 823), por entender que sobre a necessidade de averiguar o elemento subjetivo na conduta:

O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos,

portarias, torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa exige bom senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.

E complementa a autora ainda sobre o tema:

No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública. (DI PIETRO, 2009, p. 824).

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça reviu o posicionamento da 2ª Turma e consolidou o novo entendimento de que é realmente necessário observar os

elementos subjetivos do dolo e culpa. Neste caso, seguem as jurisprudências recentes para demonstrar o entendimento:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE DEMONSTRA A PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. SÚMULA 7/STJ. DANO AO ERÁRIO. NÃO CONSTITUIÇÃO DE PENA. CONSEQUÊNCIA NECESSÁRIA DO PREJUÍZO CAUSADO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O entendimento do STJ é que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas prescrições da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem expressamente afirmou a atuação dolosa do agravante, porquanto "restou comprovada a má-fé do ex-prefeito e das empresas licitantes e seus representantes, fraudando-se processo licitatório; ato de improbidade previsto na Lei nº 8.429/92, mais precisamente em seus artigos 10, VIII, o que ocasionou prejuízo ao erário, uma vez que a verba pública não foi devidamente utilizada" (e-STJ fl. 1946). Rever tal premissa esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

3. O ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve

vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992. A propósito: REsp 1.302.405/RR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2/5/2017. 4. Agravo interno não provido. (STJ. AgInt no REsp 1616365 / PE. Agravo Interno no Recurso Especial nº. 2016/0194094-4. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Data de julgamento: 23 out. 2018. Data de publicação: 30 out. 2018). (BRASIL, 2018, *online*)

ADMINISTRATIVO. REGIMENTAL EM ARESP. PRETENSÃO DO ÓRGÃO ACUSADOR DE REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA QUE CONFIRMOU O ACÓRDÃO ABSOLUTÓRIO SERGIPANO. ALEGAÇÃO DO AUTOR DA ACP DE QUE AS CONDUTAS PREVISTAS NO ART.11 DA LEI 8.429/1992 DESNECESSITAM DA IDENTIFICAÇÃO DO DOLO. ARGUMENTO DISSONANTE AO ENTENDIMENTO DESTES TRIBUNAL SUPERIOR. AGRAVO REGIMENTAL DO PROMOVENTE DESPROVIDO.

1. A insurgência do Órgão Acusador está cifrada em alcançar a reforma da decisão monocrática e, por consequência, do aresto absolutório sergipano, sob a argumentação de que a ofensa a princípios administrativos, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/92, em princípio, não exige dolo na conduta do agente nem prova da lesão ao erário, sendo suficiente a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade (fls. 1.999).

2. Contudo, a pretensão recursal do Órgão Acusador vai de encontro ao entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, plasmado em numerosos

julgados, de que, para a caracterização de improbidade, é imprescindível que a conduta do agente seja dolosa, no caso de tipificação das condutas descritas nos artigos 9o. e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10 (AIA 30/AM, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 28.9.2011).

3. Na espécie, ficou registrado no caderno processual que não houve malbaratamento aos cofres públicos (fls. 1.861) e a conduta, conquanto possa albergar eventual irregularidade, não se alçou ao plano das improbidades, especialmente porque não ficou demonstrada a prática de ato revestido de má-fé (fls. 1.861), razão pela qual o fato narrado não se subsume às iras da Lei 8.429/1992. Conclusão advinda do Tribunal de origem em plena convergência com o entendimento desta Corte Superior no ponto.

4. Agravo Regimental do Órgão Acusador desprovido. (STJ. AgRg no ARESp 133377 / SE. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 2011/0298893-4. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data de julgamento: 18 set. 2018. Data de publicação: 18 out. 2018). (BRASIL, 2018, *online*)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO DECLARADA INDEVIDAMENTE. AUSÊNCIA DE

COMPROVAÇÃO DE CULPA GRAVE
OU DE DOLO NO CASO DOS AUTOS.
MERA IRREGULARIDADE.
ABSOLVIÇÃO MANTIDA.
ARGUMENTOS INSUFICIENTES
PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO
ATACADA. AGRAVO INTERNO QUE
NÃO IMPUGNA TODOS OS
FUNDAMENTOS DO DECISUM.
CONCORDÂNCIA EXPRESSA DA
PARTE RECORRENTE COM O
CAPÍTULO AUTÔNOMO NÃO
IMPUGNADO. POSSIBILIDADE DE
EXAME DO MÉRITO DA
IRRESIGNAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO
DA SÚMULA N. 182/STJ.
APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021,
§ 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Esta Corte tem entendimento consolidado segundo o qual, para a configuração de ato de improbidade administrativa, é necessária a análise do elemento subjetivo, qual seja, dolo nas condutas tipificadas nos arts. 9º e 11 ou, ao menos, culpa, quanto às condutas do art. 10, da Lei n. 8.429/92. Outrossim, é cediço que o ato administrativo eivado de improbidade é aquele no qual se verifica uma imoralidade administrativa, qualificada pela potencialidade lesiva a bens e valores públicos tutelados pelo ordenamento jurídico.

III - Conforme os precedentes deste Tribunal, a Lei n. 8.429/92, por força, sobretudo, de seu caráter punitivo, não pode ser aplicada a simples condutas de má administração ou meramente

irregulares.

IV - No caso, os réus são acusados de contratar, diretamente, empresa para realizar concurso público para admissão de 4 (quatro) servidores para o Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 22ª Região após indevida declaração de inexigibilidade de licitação, eis que a competição era viável. Entretanto, de acordo com as circunstâncias fáticas delimitadas no acórdão recorrido, não foi constatada a presença de culpa grave ou de dolo na conduta atribuída aos réus, razão pela qual a absolvição por ato de improbidade administrativa promovida nas instâncias anteriores deve ser mantida.

V - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Afasta-se a incidência da Súmula n. 182/STJ quando, embora o Agravo Interno não impugne todos os fundamentos da decisão recorrida, a parte recorrente manifesta, expressamente, a concordância com a solução alcançada pelo julgador, desde que o capítulo em relação ao qual a desistência foi manifestada seja independente e não interfira na análise do mérito da irresignação.

VII - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VIII - Agravo Interno improvido. (STJ. AgInt no REsp 1737075 / AL. Agravo Interno no Recurso Especial nº. 2018/0092379-3. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relatora Ministra

Importante ponderar que, mesmo que o Superior Tribunal de Justiça tenha entendido pela caracterização dos elementos culpa e dolo, esta culpa deve ser ao menos grave, ou seja, deve existir aspectos de má-fé para imputação do agente nas penas previstas da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992).

Destarte, a improbidade administrativa estará configurada desde que o dolo seja elemento nas condutas tipificadas nos artigos 9º e 11, que se referem aos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito e atentam contra os princípios da administração pública, respectivamente, e quanto ao artigo 10, ao menos culpa grave, importam nos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário.

Melhor dizendo, quando se tratar de enriquecimento ilícito, que se configura por receber vantagem patrimonial, deve existir o elemento dolo, não podendo ser de forma culposa. Por outro lado, não é necessário que haja dano ao erário, apenas a vantagem indevida mediante o elemento doloso. (CARVALHO FILHO, 2014).

É o que explica José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 994): “O pressuposto exigível do tipo é a percepção da vantagem patrimonial ilícita obtida pelo exercício da função pública em geral. Pressuposto dispensável é o dano ao erário”.

Sobre o tema, também prelecionam Marcio Fernando Elias Rosa, Waldo Fazzio Júnior e Marino Pazzaglini Filho (1999, p. 63), afirmando sobre a forma dolosa de se praticar a improbidade administrativa para configurar o enriquecimento ilícito: “Nenhuma das modalidades admite a forma culposa; todas são dolosas. É que todas as espécies de atuação suscetíveis de gerar

enriquecimento ilícito pressupõem a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido”.

De mesma forma é em relação à improbidade administrativa voltada para a violação dos princípios administrativos. Também neste caso, deve ser praticado pelo agente mediante dolo, não cabendo o elemento culpa. Conforme diz Vinícius Spíndola Campelo (2016, *online*):

O elemento volitivo se limita ao dolo, pois a lei não faz qualquer referência à culpa, razão pela qual não é ato de improbidade aquele praticado por imprudência, imperícia ou negligência. Conforme já decidiu o STJ, é imprescindível a configuração da má-fé do sujeito ativo para incidência do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, não sendo suficiente a mera prática de irregularidade administrativa.

Apenas quando se trata do dano ao erário (art. 10), conforme apresentado pelas jurisprudências acima, que o elemento culpa pode ser enquadrado para configurar a improbidade administrativa, mas desde que seja grave. Não obstante, não é necessário que o agente tenha obtido alguma vantagem patrimonial, bastando ter provocado o dano ou lesão ao erário. (CARVALHO FILHO, 2014).

Neste sentido, é a lição de José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 994): “[...] dispensável é a ocorrência de enriquecimento ilícito. A conduta pode provocar dano ao erário sem que alguém se locuplete indevidamente”.

Em relação a culpa grave para configurar a improbidade administrativa por dano ou lesão ao erário público (art. 10), a doutrina e jurisprudência entende que a culpa deve ser suficientemente grave, não configurando a improbidade se não for grave. É o que diz Vinícius Spíndola Campelo (2016, *online*):

[...] não se deve admitir que qualquer espécie de culpa torne apto o reconhecimento da improbidade. Compatibilizando a previsão da modalidade culposa de improbidade administrativa aos preceitos constitucionais da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade, doutrina e jurisprudência têm defendido que a culpa deve ser suficientemente grave para ensejar a condenação do agente público que causou um prejuízo ao patrimônio público. Em outras palavras, defende-se que os graus de violação à ordem jurídica devem ser sancionados com intensidades distintas.

Assim, antes que se entenda como ímprobo o agente que realiza uma conduta culposa, deve ser analisado o grau de culpa pelo qual se deu a ofensa, sob pena de vulgarização do diploma. Note-se que a hermenêutica da culpa na forma grave como elemento subjetivo da improbidade administrativa afasta, por decorrência lógica, qualquer possibilidade de sua responsabilização fundamentada apenas na culpa simples.

Também neste sentido, é a lição de Fábio Medina Osório (2007, p. 291):

A responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente à improbidade administrativa, sendo exigível o dolo ou a culpa grave, embora haja silêncio da LGIA sobre o assunto. Isso se dá, como já dissemos à exaustão, por força dos textos constitucionais que consagram responsabilidades subjetivas dos agentes públicos em geral, nas ações regressivas, e que contemplam o devido processo legal, a proporcionalidade, a legalidade e a interdição à arbitrariedade dos Poderes

Públicos no desempenho de suas funções sancionatórias. Portanto, a improbidade administrativa envolve, modo necessário, a prática de condutas gravemente culposas ou dolosas, inadmitindo responsabilidade objetiva.

E como discorre José Antônio Lisboa Neto citado por Vinícius Spíndola Campelo (2016, *online*):

[...] mesmo entendendo que todo ato de improbidade tem como elemento subjetivo o dolo, defende a adoção da técnica da interpretação conforme a Constituição de modo a equiparar a culpa grave ao dolo, o que evitaria o reconhecimento da inconstitucionalidade material da improbidade culposa.

Já sobre a definição de culpa dentro da matéria do Direito Administrativo, Rogério Pacheco Alves e Emerson Garcia (2008, p. 269) fazem uma distinção entre gravíssima, leve e grave, sendo que a gravíssima é:

[...] a ausência de previsão de um evento que o seria por qualquer homem normal; a culpa leve consiste no evento que só poderia ser previsto com o emprego de uma diligência incomum, própria daqueles que exercem atividades que pressupõem, um maior grau de discernimento e a culpa grave, por sua vez, se consubstancia na não previsibilidade do evento que o seria pelos homens diligentes e responsáveis, qualidade esta indissociável dos gestores da coisa pública.

Também explicando o elemento da culpa grave, Sérgio de Andréa Ferreira (2005, p. 1.098) afirma que:

[...] a culpa referida no art. 10 da Lei

8.429/1992 é a denominada culpa consciente, não sendo suficiente a culpa inconsciente para configuração da improbidade administrativa. Enquanto a culpa inconsciente é aquela que deriva da negligência, imprudência e imperícia, a culpa consciente é aquela em que o agente prevê o resultado, mas achou que o mesmo não iria acontecer.

E nesta esteira, fundamenta o Desembargador Brandão Teixeira citado por Vinícius Spíndola Campelo (2016, *online*):

[...] o ato de improbidade administrativa pela própria articulação das expressões refere-se a condutas não apenas ilegais, pois ao ato ilegal é adicionado um plus que, no caso concreto, pode perfazer ou não um ato de improbidade. Daí que parte da doutrina bate-se pela perquirição do elemento subjetivo capaz de identificar não qualquer culpa praticada pelo agente público, mas necessariamente, um campo de culpa consciente, grave, denotando indícios de conduta dolosa. Não se trata de culpa leve, característica do agente inábil, aquela que conduz o administrador no erro interpretativo em busca do significado mais correto da aplicação da lei.

Estas são, portanto, as análises em relação aos elementos dolo e culpa e que devem estar presentes para configurar os atos que importam improbidade administrativa, e, por consequência, sujeitará ao agente as penas ali previstas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho, conclui-se sobre os aspectos do dolo e culpa para configurar a improbidade administrativa. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, são elementos que devem ficar demonstrados no processo, para que possa levar ao agente a aplicação da pena.

Todavia, antes de se alcançar a conclusão, foi visto no decorrer do trabalho que a improbidade administrativa se trata de uma legislação que tenta prevenir a corrupção, enriquecimento ilícito, lesão ao erário público e atos contrários aos princípios da administração pública, do agente público. Neste passo, viu-se também que ao particular não se pode interpor a Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992), salvo se ele estiver em conluio ao agente público.

Em outra momento, viu-se que é perfeitamente cabível representar contra os agentes públicos e/ou terceiros beneficiados, podendo ser feito por qualquer pessoa, devendo apenas preencher alguns requisitos, como: apresentar as provas e apontar os acontecimentos.

Depois de ser especificado o objeto da representação, iniciará o trâmite que possui duas formas: administrativa e judicial.

Foi analisado também as sanções de improbidade administrativa, que o ressarcimento do dano, perda dos bens acrescidos indevidamente, multa, suspensão dos direitos políticos, dentre outros.

Contudo, para prevenir ato de improbidade, a posse e exercício de agente público fica condicionado à apresentação de declaração de bens, para verificar a evolução patrimonial do agente.

Assim, a Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992) visa, sobretudo, combater o mal da corrupção e o mal gestor público, de forma que as penas são bastante graves para quem adota o comportamento

contrária a ética, moral e desvio de finalidade.

Portanto, percebe-se que existem meios legais de combate a corrupção no país, devendo apenas ser utilizada de forma mais corriqueira, devendo a sociedade fiscalizar o agente público e, caso constatado alguma irregularidade, denunciar e representar, de modo que, se ficar comprovado sua culpa grave ou dolo, serão aplicadas as penas previstas na lei.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 15. ed. São Paulo: Impetus, 2008.

ALVES, Léo da Silva. **Os crimes contra a administração pública e a relação com o processo disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARBOSA, Carlos. Atos administrativos. In: **STF**, 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Carlos_Barbosa_Atos_administrativos_Parte_1.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. Constituição Federal do Brasil de 1988. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº. 200/67, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1616365 / PE. Agravo Interno no Recurso Especial nº. 2016/0194094-4. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Benedito Gonçalves. In: **STJ**, 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=DOLO+CULPA+IMPROBIDADE+ADMINISTRATIVA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1737075 / AL. Agravo Interno no Recurso Especial nº. 2018/0092379-3. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relatora Ministra Regina Helena Costa. In: **STJ**, 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=DOLO+CULPA+IMPROBIDADE+ADMINISTRATIVA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 133377 / SE. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 2011/0298893-4. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. In: **STJ**, 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre>>

=DOLO+CULPA+IMPROBIDADE+ADMINISTRATIV
A&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso
em: 01 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AREsp
360707 / PR. Embargos de Declaração no Agravo em
Recurso Especial 2013/0196592-5. Órgão Julgador:
Segunda Turma. Relator Ministro Humberto Martins. In:
STJ, 2013. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=360707&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.
Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 287728 / SP.
Recurso Especial nº. 2000/0118835-6. Órgão Julgador: 2ª
Turma. Relatora Ministra Eliana Calmon. In: **STJ**, 2004.
Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=287728&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.
Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº. 157, de 29 de dezembro
de 2016. Altera a Lei Complementar nº. 116, de 31 de
julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços
de Qualquer Natureza, a Lei nº. 8.429, de 2 de junho de
1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei
Complementar nº. 63, de 11 de janeiro de 1990, que
“dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do
produto da arrecadação de impostos de competência dos
Estados e de transferências por estes recebidos,
pertencentes aos Municípios, e dá outras providências”.
In: **Palácio do Planalto**, 2016. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp157.htm#art4>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.429/92, de 02 de junho de 1992.
Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos

nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de
mandato, cargo, emprego ou função na administração
pública direta, indireta ou fundacional e dá outras
providências. In: **Palácio do Planalto**, 1992. Disponível
em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>.
Acesso em: 05 ago. 2018.

BRASIL. REsp 1232888 / PE. Recurso Especial
2011/0018420-8. Órgão Julgador: Primeira Turma.
Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. In: **STJ**,
2013. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1232888&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.
Acesso em: 20 set. 2018.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito
Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

CAMPELO, Vinícius Spíndola. Considerações sobre a
modalidade culposa de improbidade administrativa. In:
Conteúdo Jurídico, 2016. Disponível em:
<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consideracao-sobre-a-modalidade-culposa-de-improbidade-administrativa,55169.html#_edn23>. Acesso em: 07 out.
2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de
Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos,
2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de
Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen
Juris, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito
administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FARIA, Marcella Oliveira Melloni de. Da contagem de prazo para apresentação de defesa preliminar, no âmbito da LIA, na hipótese de litisconsórcio passivo. In: **Paes e Pazzaglini**, 2015. Disponível em: <http://www.paesepazzaglini.com.br/artigo_view.asp?ID=1>. Acesso em: 12 set. 2018.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Ato de improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes contra prefeitos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Sequestro de bens na Lei de Improbidade. In: **Fazzio Jurídico**, 2012. Disponível em: <<http://fazziojuridico.com.br/sequestro-de-bens-na-lei-de-improbidade/>>. Acesso em: 13 set. 2018.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Boletim de Direito Administrativo, 2005.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Enriquecimento ilícito de agentes públicos- Evolução patrimonial desproporcional a renda ou patrimônio - Lei Federal 8.429/92. In: **Ministério Público de São Paulo**, 2011. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Improbidade_Administrativa/Doutrina_Improbidade/5-enriquecimentoil%C3%ADcito.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINAS GERAIS. Constituição do Estado de Minas Gerais. In: **ALMG**, 1989. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/downloads/ConstituicaoEstadual.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009.
OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa (Observações sobre a Lei 8.429/92)**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. São Paulo: Atlas, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**: Aspectos Jurídicos da defesa do patrimônio Público. São Paulo: Atlas, 1999.

QUEIROZ, Victor Calegare Largura. A atuação do Ministério Público na implementação de políticas na área ambiental. In: **Jus**, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23784/a-atuacao-do-ministerio->

publico-na-implementacao-de-politicas-na-area-ambiental/4>. Acesso em: 21 ago. 2018.

RUFATO, Pedro Evandro de Vicente. A aplicação do princípio da proporcionalidade na fixação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. In: **Jus Navegandi**, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20014/a-aplicacao-do-principio-da-proporcionalidade-na-fixacao-das-sancoes-previstas-na-lei-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 12 set. 2018.

SOUSA, Rainer Gonçalves. Três Poderes. In: **Brasil Escola**, 2017. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/politica/tres-poderes.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

UM ESTUDO SOBRE A DELAÇÃO PREMIADA: REGRAS E LIMITES DA LEI Nº. 12.850/13

*João Paulo de Freitas Pinto*⁴⁰

RESUMO

A delação premiada trata-se de um termo jurídico previsto na Lei nº. 12.850/13. Embora a delação premiada possa estar presente também em outras leis, é na Lei nº. 12.850/13 que se encontra de forma mais específica o procedimento a ser seguido, existindo regras e limites para sua aplicação. Estas regras e limites são muito importantes, considerando que se faltar algum requisito ou ultrapassando limites processuais, o juiz poderá não homologar a delação. Por outro lado, seguindo o procedimento previsto em lei, a consequência natural é sua homologação judicial para que sejam aplicados os efeitos práticos. Mas quais efeitos são estes? Quais os procedimentos e limitações a serem seguidos? Quando o investigado ou réu poderá usufruir da delação premiada? São apenas algumas indagações que serão respondidas ao longo do trabalho, sendo que a prática jurídica da delação premiada será estudada para melhor explicação da matéria. Ademais, não se pode deixar de definir que a delação premiada tem por característica essencial conceder benefícios ao investigado ou réu em troca de colaborar com a investigação criminal. No caso, o ato de delatar a suposta estrutura criminosa e quem está envolvido funciona no sentido de descobrir a verdade sobre o crime, de modo que o delator será premiado pelas

⁴⁰ Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

informações prestadas. Assim, o presente trabalho se objetiva a apresentar os principais aspectos que envolvem a delação premiada, bem como o atual posicionamento da doutrina e jurisprudência, sendo o mencionado instituto, atualmente um procedimento de vasta importância na esfera criminal, pois, muitas das vezes, o crime é tão difícil de ser descoberto que é através da delação premiada que se descobre e desmonta uma organização criminosa.

PALAVRAS-CHAVE: Delação premiada. Lei nº. 12.850/13. Meio de prova. Regras e limites.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar os aspectos essenciais da delação premiada, que se encontra especificada na Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013). Tal instituto tornou-se um grande avanço legislativo, muito embora não seja novo no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, a prática vivenciada no âmbito jurídico é de que a Delação Premiada se tornou nacionalmente conhecida, após muitas autoridades públicas, políticos e empresários passarem a ser delatados, e daí em diante, processados, presos e condenados.

Daí advém o resultado prático da utilização da delação premiada e que é esperado por toda a sociedade, fazer Justiça e condenar aqueles envolvidos na corrupção.

De tal modo, necessário se faz adentrar ao mérito da lei, para fins de verificar quais são as regras e limitações da delação premiada, com base na Constituição Federal (BRASIL, 1988) e na Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013).

Assim, o presente trabalho se inicia apresentando

sobre a delação premiada e suas características essenciais, bem como o conceito, histórico e legislação estrangeira.

Já no segundo capítulo, será analisada aspectos específicos da delação premiada, baseada na Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013), tais como: procedimento judicial, delação após a sentença condenatória e entendimento jurisprudencial sobre a matéria.

Por fim, no terceiro capítulo, será visto que, para a aplicação da delação premiada, existem regras e limites que devem ser respeitados, inclusive, no que tange ao valor probatório, que se caracteriza por apresentar limites de prova, possibilidade de revisão e até mesmo revogação da delação.

Nesta seara, o que se fundamenta no presente trabalho é demonstrar os aspectos e regras previstas na legislação, mas sem sair do contexto do ordenamento jurídico brasileiro, que se baseia no respeito aos princípios, ao devido processo legal, bem como à ampla defesa e ao contraditório.

Por isso, a delação premiada deve seguir os ritos previstos na legislação, considerando que o princípio da presunção de inocência deve ser respeitado.

2 DELAÇÃO PREMIADA

A delação premiada tem se tornado um dos mais importantes institutos para se descobrir e desvendar um crime. São crimes que por serem difíceis de serem descobertos, a Polícia e o Ministério Público utilizam desta prerrogativa, para conseguir informações importantes sobre integrantes e crimes praticados por organizações criminosas.

Porém, a definição de delação premiada e como ela funciona talvez seja dúvida para muitos, sendo que sua origem se alastra pelo ramo do Direito Premial.

Este Direito Premial tem por objetivo fazer com que aquele que ajuda nas investigações ou descobrimento

de algum crime seja beneficiado. De tal forma, este instituto vem se consolidando não somente na doutrina e na lei, mas também nos Tribunais pátrios, que vêm aceitando a realização da delação premiada e, ainda, chancelando sua utilização para os mais variados tipos de descoberta de crimes.

Aliás, existe entendimento de que até mesmo com a oposição do Ministério Público em fazer o acordo de delação premiada, poderá a Justiça aceitar a colaboração premiada unilateral. Neste sentido, explica Luiz Flávio Gomes (2015, *online*):

Discute-se se a colaboração premiada é um direito subjetivo do réu colaborador. Na Lei 12.850/13 não, porque esse texto legal fala em “acordo de colaboração premiada”. E acordo somente existe quando duas vontades (pelo menos) se somam. Se o Ministério Público não deseja fazer o acordo, nada será celebrado. Mas isso impede o agente de colaborar com a Justiça? Não. A saída para essa controvérsia reside na Lei 9.807/99 (Lei de Proteção de Vítima e Testemunhas), que permite a colaboração premiada unilateral, sem a concordância expressa do Ministério Público.

Destarte, o que ocorre é que a delação premiada vem ganhando força nos últimos anos, vindo a ser utilizada de forma bastante abrangente e de forma a descobrir os mais variados tipos de crimes.

De tal forma, deve-se ter em mente que todo instituto jurídico possui limites e regras para sua utilização, não sendo diferente com a delação premiada. Alguns destes limites e regras se encontram dentro da própria legislação - Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013), na qual são citados por Luiz Flávio Gomes (2015, *online*):

[...] não existe delação premiada sem

confissão prévia; a delação não é meio de prova, sim, mera fonte de prova, fonte de obtenção de prova; sem a comprovação do que consta dela não existe condenação penal (tampouco os prêmios combinados). Os prêmios legais são direito subjetivo do réu, desde que a delação resulte comprovada.

Com efeito, a delação premiada se torna um dos sistemas que mais vem ajudando na solução de crime, em especial no que tange aos crimes contra a Administração Pública, dentre eles o combate à corrupção, lavagem de dinheiro, ocultação de valores, formação de quadrilha para proveito econômico, etc.

Em decorrência disso, muitas das autoridades públicas e empresários vêm sendo julgados e punidos pelos crimes cometidos. Um exemplo prático é o caso do ex-governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Sobre tal fato, narra o site do G1 (2017, *online*):

O homem apontado como gerente de arrecadação de propinas do ex-governador do Rio Sérgio Cabral fez um acordo de delação premiada. [...]

"Eu confirmo a existência dessa organização e eu participava dela como o responsável pelo gerenciamento do recebimento de todas as propinas e o gerenciamento dos pagamentos determinados pelo ex-governador Sérgio Cabral, pessoais e da organização", contou Carlos Miranda no depoimento.

Carlos Miranda é considerado o homem da mala e, segundo ele, não é de hoje. "Comecei a trabalhar com o ex-governador Sérgio Cabral na época que ele era deputado estadual. E essa organização, eu posso dizer, começou a se estruturar na época que ele era

presidente da Assembleia. Foi evoluindo até que ele assumiu o governo”, disse.

“Mas como se dava essa coação ilícita de que o senhor participava? O que você via? Como era”, perguntou o procurador. “Existia o pagamento de propina por parte de alguns empresários interessados em legislações específicas, proteção do Estado...”, respondeu Miranda. Propina para a produção de legislação? “É”, afirmou.

Carlos Miranda já foi condenado a 47 anos de prisão. Com a delação premiada, ele deve ter redução da pena, mas não pode mentir no depoimento. E ele confirmou tudo o que Ministério Público Federal vem dizendo: que Sérgio Cabral cobrava 5% de propina nos contratos; que era o próprio ex-governador que negociava os pagamentos ilícitos; que o dinheiro foi usado para pagar contas pessoais da ex-primeira-dama.

Observe-se no exemplo acima questões importantes sobre a delação premiada: a primeira, que o delator confessa que participava do esquema criminoso; segundo, o delator aponta como era o *modus operandi* do esquema criminoso; terceiro, aponta os participantes do esquema criminoso; e quarto, confirma o recebimento de propina.

E diante do cumprimento dos requisitos, o delator recebe como recompensa o benefício da diminuição da pena, sendo que para isso o juiz homologa a respectiva delação.

Portanto, não existem dúvidas de que a delação premiada é um instituto bastante importante para o Direito Penal, e, como visto no exemplo acima, tem servido para dismantelar quadrilhas e empresários que, por bastante tempo, atuavam para receber vantagens ilícitas,

prejudicando toda a sociedade. No caso do ex-governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, segundo Luís Kawaguti e Hanrrikson de Andrade (2018, *online*) a soma de seus crimes já somam: “[...] mais de 170 anos de prisão”, isto com a utilização da delação premiada. Sem este instituto, dificilmente os crimes cometidos pelo ex-governador seriam descobertos.

Por sua vez, embora a delação premiada tenha sido utilizada com mais frequência nos últimos anos, não se trata de um instituto novo, sendo que desde as Ordenações Filipinas (1603) já existia a aplicação deste instituto jurídico. (COSTA, 2008).

No Brasil, a mais recente legislação que trata da delação premiada é através da Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013). Pertinente, portanto, destacar o que significa a palavra delação.

Segundo Dicionário *Online* de Português (2018, *online*), delação significa: “Denúncia; ação de delatar, de denunciar um crime cometido por alguém ou por si mesmo; revelação de um crime, delito ou ação ilegal”.

Ou seja, a delação tem por objetivo fazer uma denúncia de crime contra alguém, apontando a forma de se cometer o ilícito, e ainda, apontando os demais participantes.

Com efeito, caso alguém tenha a intenção de fazer um acordo de delação premiada para informar o *modus operandi* da conduta delituosa desenvolvida e apontar outros integrantes, poderá fazê-lo, desde que seja com obediência à Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013). Ademais, o delator, em primeiro lugar, deve confessar sua própria participação no crime.

Caso assim não proceda, não existirá a figura da delação premiada, e sim outros meios de denúncia. A utilização do instituto da delação premiada somente se aplica às pessoas que também participaram do crime, uma vez que um dos benefícios é o reduzimento da pena.

Frisa-se outro benefício que poderá ser concedido,

conforme estabelece a Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013), além doreduzimentoda pena privativa,é a substituição por restritiva de direitos. (BITENCOURT, 2014).

Destarte, entende-se que a delação premiada possui como objetivo principal fazer com que a parte acusada aponte uma série de informações sobre o crime perante a autoridade. Mas não somente isto, já que aquele que deseja ter o benefício da delação premiada deve demonstrar as provas do que está alegando e, a partir daí, após homologado pelo juiz, ser concedida a redução de sua pena ou substituição por restritiva de direitos. (PACELLI, 2014).

A função do juiz, neste caso, será apenas de verificar se o procedimento da delação premiada está em conformidade com a lei, não podendo adentrar no mérito do que ali ficou estipulado entre o Ministério Público e a parte. Dessa forma, caso sejam respeitados os parâmetros legais, o juiz simplesmente homologará a delação, que começará a produzir seus efeitos legais. (PACELLI, 2014).

Assim, no voto condutor do ministro Edson Fachin, o mesmo destaca que:

Logo, nessa fase homologatória, repiso, não compete ao Poder Judiciário a emissão de qualquer juízo de valor acerca da proporcionalidade ou conteúdo das cláusulas que compõem o acordocelebrado entre as partes, sob pena de malferir a norma prevista no § 6º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, que veda a participação do juiz nas negociações, dando-se concretude ao princípio acusatório que rege o processo penal no Estado Democrático de Direito.

Entendimento contrário, data venia, colocaria em risco a própria viabilidade do instituto, diante da iminente ameaça de interferência externa nas condições

acordadas pelas partes, reduzindo de forma significativa o interesse no ajuste. Essa “postura equidistante” do juiz em relação às partes no processo penal, informa o comando legal citado que prestigia o sistema acusatório [...]. (STF. Questão de Ordem na Petição 7.074 Distrito Federal. Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator Edson Fachin. Data de julgamento: 29 jun. 2017). (BRASIL, 2017, *online*)

Sobre o voto acima, a acórdão ficou assentado da seguinte maneira:

QUESTÃO DE ORDEM EM PETIÇÃO. COLABORAÇÃO PREMIADA. I. DECISÃO INICIAL DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL: LIMITES E ATRIBUIÇÃO. REGULARIDADE, LEGALIDADE EVOLUNTARIEDADE DO ACORDO. MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA. PODERES INSTRUTÓRIOS DO RELATOR. RISTF. PRECEDENTES. II. DECISÃO FINAL DE MÉRITO. AFERIÇÃO DOS TERMOS E DA EFICÁCIA DA COLABORAÇÃO. CONTROLE JURISDICIONAL DIFERIDO. COMPETÊNCIA COLEGIADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Nos moldes do decidido no HC 127.483, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 3.2.2016, reafirma-se a atribuição ao Relator, como corolário dos poderes instrutórios que lhe são conferidos pelo Regimento Interno do STF, para ordenar a realização de meios de obtenção de prova (art. 21, I e II do RISTF), a fim de, monocraticamente, homologar acordos de colaboração premiada, oportunidade na qual se restringe ao juízo de regularidade,

legalidade e voluntariedade da avença, nos limites do art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013.2. O juízo sobre os termos do acordo de colaboração, seu cumprimento e sua eficácia, conforme preceitua o art. 4º, § 11, da Lei n. 12.850/2013, dá-se por ocasião da prolação da sentença (e no Supremo Tribunal Federal, em decisão colegiada), não se impondo na fase homologatória tal exame previsto pela lei como controle jurisdicional diferido, sob pena de malferir a norma prevista no § 6º do art. 4º da referida Lei n. 12.850/2013, que veda a participação do juiz nas negociações, conferindo, assim, concretude ao princípio acusatório que rege o processo penal no Estado Democrático de Direito. [...]. (STF. Questão de Ordem na Petição 7.074 Distrito Federal. Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator Edson Fachin. Data de julgamento: 29 jun. 2017). (BRASIL, 2017, *online*)

Por outro lado, caso o juiz não esteja de acordo com os termos da delação premiada por entender que não foi aplicada a lei corretamente, o juiz remeterá os autos novamente ao Ministério Público, para que possa adequar as questões legais ao caso concreto.

Assim, pode-se dizer que a delação premiada possui como característica essencial ser de caráter imperativa, considerando que o juiz apenas tem a função de homologar ou pedir a adequação do termo de acordo com a lei. Nesse sentido, explica Eugênio Pacelli (2014, p. 802):

[...] a delação premiada tem caráter imperativo, eis que se trata de instituto atributivo de direito subjetivo ao réu, iminente delator. Isto quer dizer que a delação premiada é imposta ao juiz, não

necessitando, pois, de sua concordância, haja vista ser necessária apenas uma efetiva colaboração do réu delator no curso da persecução criminal.

Para tanto, a própria Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013, *online*), em seu artigo 4º, § 6º diz claramente que:

Art. 4º [...]

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Caso não sejam atendidas as disposições legais para o juiz homologar a delação premiada, o artigo 4º, § 8º da Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013, *online*) prevê: “O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto”.

Por outro lado, pode existir confusão entre os termos delação premiada e colaboração premiada. Isto porque, na Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013), em sua Seção I, consta a denominação Da Colaboração Premiada e não Delação Premiada.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2013, p. 34) dizem que se trata de denominações iguais:

O instituto da colaboração premiada, ainda que contando com nomenclatura diversa, sempre foi objeto de análise pela doutrina, tratado que é como “delação premiada (ou premial)”, “chamamento de

corrêu”, “confissão delatária” ou, segundo os mais críticos, “extorsão premiada” etc.

Também neste sentido, é a lição Rejane Alves de Arruda (2013, p. 73): “Embora a nova lei tenha utilizado a expressão ‘colaboração premiada’, a maior parte da doutrina emprega o termo ‘delação premiada, que podem ser considerados sinônimos para fins didáticos”.

Entretanto, existem doutrinadores que tratam como denominações diferentes. Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 525) é um deles, quando explica: “O imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros, fornecendo, por exemplo, informações acerca da localização do produto do crime, caso que é tido como mero colaborador”.

Na visão da doutrina acima, a delação premiada será o apontamento de quem está praticando o crime, enquanto na colaboração premiada haverá a informação apenas da localização e recuperação do produto do crime, não necessitando apontar os demais participantes. (LIMA 2015).

Por sua vez, a doutrina em geral vem utilizando o termo colaboração premiada como gênero, tendo como uma de suas espécies a delação premiada. É o que demonstra Vladimir Aras (2011, p. 428):

- a) delação premiada (também denominada de chamamento de corrêu): além de confessar seu envolvimento na prática delituosa, o colaborador expõe as outras pessoas implicadas na infração penal, razão pela qual é denominado de agente revelador;
- b) colaboração para libertação: o colaborador indica o lugar onde está mantida a vítima sequestrada, facilitando sua libertação;
- c) colaboração para localização e

recuperação de ativos: o colaborador fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos a esquemas de lavagem de capitais;

d) colaboração preventiva: o colaborador presta informações relevantes aos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal de modo a evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência de uma conduta ilícita.

Assim, partindo desta contextualização, pode-se dizer que não existe crucial importância à diferenciação da denominação de delação premiada e colaboração premiada, importando, de fato, a busca pelas informações para que se descubra o *iter criminis* e como vem ocorrendo ou ocorreu a prática delituosa. (BITENCOURT, 2014).

Significa que quanto mais informações e elementos probatórios forem alcançados, mais fácil de ser descoberta a estrutura criminosa praticada, motivo que o instituto da delação premiada tem se tornado cada vez mais importante para o Direito Penal.

2.1 Direito Premial

O instituto da delação premiada faz parte do ramo do Direito Premial. Embora não exista este ramo específico no Direito brasileiro, a Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013) fez contemplar o aspecto da colaboração, fazendo assim partido do Direito Penal brasileiro.

Sobre os aspectos do Direito Premial, possui como origem desde tempos antigos, onde se recompensava alguém para informar o paradeiro de uma determinada pessoa desaparecida. Muito comum se oferecer dinheiro

para que alguém possa delatar onde determinada pessoa se encontra. (COSTA, 2008).

Marcos Dangelo da Costa (2008, *online*) demonstra como era o antigo o Direito Premial, surgindo de forma mais evidente nos anos de 1800, que tinha por objetivo localizar escravos fugitivos:

O instituto do favor premial não é novo. Uma das formas em que já foi utilizado é a seguinte: Afixavam-se cartazes em diferentes lugares públicos, com o nome e/ou foto da pessoa procurada e estabelecia-se uma recompensa por informações que levassem à prisão de determinada pessoa. Foi utilizado no Brasil, na época da escravidão, nos idos dos anos de 1800, para localizar escravos fugitivos.

De forma exemplificativa, Marcos Dangelo da Costa (2008, *online*) transcreve, ainda, texto entabulado por um dos senhores que procurava por seu escravo:

No parque histórico General Bento Gonçalves, em São Lourenço do Sul-RS, encontra-se um cartaz original de procura-se. Trata-se de um escravo que fugiu com dinheiro de seu senhor:

‘Fugiu por segunda vez o escravo crioulo de nome Ricardo, preto de vinte e tantos annos de propriedade de Querino José Lopes Filho, de Bellem.

O motivo da fuga foi ele furtado réis 200\$000 ao seu senhor com o intento de libertar-se.

Gratifica-se a que o agarrar e levar a cadêa.

O conservador 08/01/1883.’

Torna-se claro, portanto, que era fato comum fixar cartazes nas ruas oferecendo recompensas, geralmente dinheiro, para localizar pessoas. (COSTA, 2008).

Atualmente, ainda existe este Direito Premial, que como visto, se encontra na Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013). Porém, outras formas de premiação existem mesmo a pessoa não fazendo parte de alguma organização criminosa.

É o caso, por exemplo, de órgãos públicos que dão recompensas para que alguém possa dar informações sobre algum suspeito de crime que se encontra foragido. Demonstrando sobre este tipo de benefício, transcreve-se sobre o programa estadual de recompensa, vinculado ao site da Secretaria da Segurança Pública de São Paulo (2018, *online*):

Programa Estadual de Recompensa

O que é?

Serviço que recompensa em até R\$ 50 mil denunciante anônimo com informações que ajudem a polícia a esclarecer crimes ou localizar foragidos da justiça. O Programa Estadual de Recompensa estimula a participação da população com denúncias que ajudem a polícia.

Quais são os casos em que são oferecidas recompensas?

Os casos que fazem parte do Programa Estadual de Recompensa estarão nesta página, com informações sobre o crime a ser solucionado ou o foragido que precisa ser capturado.

Quem pode receber a recompensa?

Qualquer pessoa pode receber anonimamente a recompensa por um caso do Programa Estadual de Recompensa, desde que contribua com informações relevantes para a polícia esclarecer um

crime, ou seja, aqueles que informarem dados que resultem na identificação do autor ou na localização e prisão de um procurado pela justiça.

Como denunciar?

As denúncias para o Programa Estadual de Recompensa serão feitas no WebDenúncia

(<http://www.webdenuncia.org.br/>). Ao final do processo, o denunciante recebe um número de protocolo e uma senha para que ele possa acompanhar anonimamente o uso da sua informação, assim como é feito em todos os casos da ferramenta online.

Observe-se assim que existe no ordenamento jurídico brasileiro a figura do Direito Premial, que se refere a oferecer recompensa para alguém delatar (denunciar) procurados da Polícia ou da Justiça.

Mas, como já mencionado, a delação premiada é um instituto que serve para beneficiar apenas aquele que confessa o crime e ajuda na sua descoberta, sendo que poderá ter sua pena reduzida ou substituída por restritiva de direitos. No âmbito do Direito Premial, é mais amplo, pois visa beneficiar também aquelas pessoas que denunciam, mas que não participam do esquema criminoso.

Por isso, o benefício que estas pessoas recebem, na verdade, são recompensas, sendo a mais usual através de pagamentos em dinheiro.

Assim, enquanto existe a figura do Direito Premial em oferecer recompensas para alguém delatar o paradeiro de determinada pessoa, na delação premiada seu fundamento é que o próprio acusado ou réu denuncie outros envolvidos, além de demonstrar especificamente como o crime é praticado. (OLIVEIRA, 2016).

É o que explica Marcos César Gonçalves de Oliveira (2016, *online*):

O direito premial é instrumentalizado no judiciário italiano por meio do “patteggiamento”, “acordo judicial”, no norte-americano, como “plea bargain”, “negociar a confissão” e, no Brasil, tem-se preferido o termo “delação premiada” ou “colaboração premiada”, mas no direito brasileiro a aplicação mais efetiva deste instrumento é vista na seara administrativa, porquanto o judiciário está tateando sua melhor utilização para não desrespeitar o ordenamento legal pátrio. De todo modo, o fim deste instrumento é alcançar um acordo do infrator com o Estado, ou seja, uma barganha de provas e infratores por benefícios punitivos.

Assim, a delação premiada repousa no fundamento de que o infrator, agora colaborador, cooperará com as investigações, apresentando provas novas e suficientes para identificar os coautores, comprovar a infração e desbaratar o sistema criminoso e, em contrapartida, receberá benefícios legais, tendo como o maior deles a extinção da penalidade administrativa.

Então, o abrandamento da pena é o prêmio do delator, que também é um infrator, por trair seus comparsas. Logo, o direito premial tem por base um ajuste celebrado entre o poder público e infrator confesso, que tem como consequência a lene da punição, ou seja, um abrandamento ou suavização do castigo.

Assim, quando se fala em Direito Premial no âmbito da delação premiada, significa que o acusado ou o réu receberá um benefício, sendo uma forma de se obter informações de situações difíceis de serem

descobertas.(OLIVEIRA, 2016).

Contudo, o Direito Premial tem se tornado um instrumento muito importante para o Direito Penal, sobretudo, na utilização da delação premiada, onde se têm descoberto vários tipos de crimes em razão de denúncia realizada pelos próprios réus, que em contrapartida, são beneficiados com a redução das penas ou substituição por restritivas de direito.

2.2 Conceito de delação premiada

Chega-se, pois, ao conceito de delação premiada, que conforme já apresentado nos tópicos acima, se traduz como sendo a forma de beneficiar alguém para que possa colaborar com as investigações criminais, no sentido de apontar sobre a conduta criminosa, o *modus operandi* e os demais envolvidos no crime. (NUCCI, 2014).

Neste passo, aponta a doutrina de De Plácido e Silva (2007, p. 423): "[...] delação premiada é realizada por pessoa envolvida no delito e que procura obter o benefício de redução ou mesmo isenção das penas respectivas".

Destaca-se também, neste aspecto, a lição de Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 878):

Delação premiada é a possibilidade de se reduzir a pena do criminoso que entregar o(s) comparsa(s). É o 'dedurismo' oficializado, que, apesar de moralmente criticável, deve ser incentivado em face do aumento contínuo do crime organizado. É um mal necessário, pois trata-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas, permitindo que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao

Estado resultados positivos no combate à criminalidade.

Em complemento, ensina Cezar Roberto Bitencourt (2014, p. 766), na qual dita que a delação premiada é a:

[...] redução de pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a total isenção de pena) para o delinquente que delatar seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença final condenatória, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece.

E na visão de Damásio Evangelista de Jesus (2005, *online*), sustenta que a delação premiada é:

[...] a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato). "Delação premiada" configura aquela incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios (redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando etc.).

Assim, quando se fala no conceito de delação premiada, não restam dúvidas que se trata de denunciar outras pessoas que também estão envolvidas com o crime, de forma a fornecer detalhes sobre o esquema criminoso, apontando a forma e a participação de cada pessoa, para no final, receber o benefício da redução da pena ou substituição por penas restritivas. (NUCCI, 2014).

2.3 Histórico da delação premiada na legislação estrangeira

A delação premiada existe em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros. Dentre eles, se destacam o Direito Italiano, Americano e Alemão. Nestes ordenamentos jurídicos, apesar de existirem diferenças se comparados com o do Brasil, sua essência é a mesma, ou seja, descobrir o crime, apontar demais participantes e o delator receber o benefício, conforme se constata a seguir.

2.3.1 *Direito Italiano*

A delação premiada no Direito Italiano consiste em apontar a autoria de determinado tipo de crime, para depois, a pessoa receber o benefício. Como exemplo de utilização deste instituto no Direito Italiano, transcreve-se caso real ocorrido na Itália, conforme narrado por Marcos Dangelo da Costa (2008, *online*):

Um dos mais emblemáticos casos de delação ocorridos na Itália envolveu o mafioso Tommaso Buscetta. Ele fez suas revelações ao juiz Giovanni Falcone, do pool de magistrados antimáfia, na operação que ficou conhecida como “operação mãos limpas”. Buscetta não queria prêmios pelas delações, como redução de pena e liberdade. Apenas postulou segurança pessoal e proteção aos seus familiares, ou melhor, à esposa carioca e aos dois filhos brasileiros do casal. Todos foram transferidos para os EUA, num acordo entre os governos.

A exigência de Buscetta era legítima. Os adversários mafiosos tinham matado seus dois filhos do primeiro casamento, o

irmão, o genro e nenhuma dessas vítimas pertencia à Cosa Nostra.

As confissões de Buscetta ao juiz Giovanni Falcone resultaram na abertura do chamado maxiprocesso criminal, cujo julgamento foi iniciado em fevereiro de 1986 e concluído em dezembro de 1987, resultando em 475 réus mafiosos. Do maxiprocesso houve 19 condenações à pena de prisão perpétua e, somadas as outras sanções, 2.665 anos de cárcere.

Devido às suas delações, Buscetta foi cumprir pena nos Estados Unidos, para não ser eliminado. As delações de Buscetta começaram em julho de 1984 e duraram sete meses: quatro meses na Itália e três nos EUA. O juiz Falcone, que esteve à frente do maxiprocesso criminal contra a máfia, ficou na Itália e foi eliminado.

Fato importante é que no Direito Italiano existem três figuras relacionadas à colaboração com a justiça, sendo delineados por Ada Pellegrini Grinover (1995, p. 15):

Regime jurídico do “arrepentido”, ou seja, do concorrente que, antes da sentença condenatória, dissolve ou determina a dissolução da organização criminosa; retira-se da organização, se entrega sem opor resistência ou abandona as armas, fornecendo, em qualquer caso, todas as informações sobre a estrutura e organização da *societas celeris*; impede a execução dos crimes para os quais a organização se formou;

[...]

Regime jurídico do “dissociado”, ou seja,

do concorrente que, antes da sentença condenatória, se empenha com eficácia para elidir ou diminuir as conseqüências danosas ou perigosas do crime ou para impedir a prática de crimes conexos e confessa todos os crimes cometidos:

[...]

Regime jurídico do “colaborador”, ou seja, do concorrente que, antes da sentença condenatória, além dos comportamentos acima previstos, ajuda as autoridades policiais e judiciárias na colheita de provas decisivas para a individualização e captura de um ou mais autores dos crimes ou fornece elementos de prova relevantes para a exata reconstituição dos fatos e a descoberta dos autores.

Verifica-se, portanto, a importância da delação premiada no Direito Italiano, pois, ajudou a combater a máfia que se lastreava naquele país, sendo que a característica principal do instituto se releva parecida com a do Brasil, que é denunciar a forma criminosa para que se receba algum benefício na pena. (COSTA, 2008).

2.3.2 *Direito Americano*

A mesma importância do instituto da delação premiada ocorre no Direito Americano, onde já foram descobertos vários tipos de crimes utilizando este instituto. Entretanto, diferentemente do que ocorre no Brasil, nos Estados Unidos o promotor de justiça tem liberalidade para transacionar com o réu, podendo fazer até mesmo acordos para estabelecer a pena. (COSTA, 2008).

No que tange a esse formato no Direito Americano, explica Marcos Dangelo da Costa (2008, *online*):

Nos Estados Unidos, a possibilidade da colaboração com a justiça encontra-se inserida no plea bargaining, que é a possibilidade ampla de negociação que tem o representante do Ministério Público para fazer acordos com o acusado e sua defesa, estando reservada ao juiz a devida homologação desse acordo negociado.

Nesse modelo o prosecutor americano possui ampla discricionariedade para fazer o acordo. É o Ministério Público que conduz a investigação policial,[48] decide pela propositura ou não de ação (sem qualquer interferência do Poder Judiciário), bem como a realização de acordos com a defesa ou a condução do feito a Juízo.

Pode ainda o Ministério Público negociar a pena do acusado, sempre buscando uma solução amena para situação, entretanto, a absolvição está excluída dessa negociação. Trata-se da construção de um sistema de culpados.

O Promotor de Justiça age de modo jurídico-política e conclui, após a investigação, pelo interesse na propositura da ação penal, considerando tanto questões de política criminal como também chances e possibilidades.

E como dito, este procedimento adotado pelo Direito Americano se difere do Brasil. Enquanto no Direito Americano se faz livremente acordos com o réu, no Brasil o promotor de justiça não pode se recusar a dar início à ação penal, salvo se não tiver encontrado provas

para o caso, pedindo então ao juiz para proceder com o arquivamento do inquérito policial. (CAPEZ, 2003).

Nesta esteira, Marcos Dangelo da Costa (2008, *online*) aponta críticas ao sistema de delação premiada americano:

Um dos problemas do sistema americano é a concentração de poder nas mãos do Promotor de Justiça. Com ampla discricionariedade para fazer acordos com o acusado, o plea bargaining está susceptível a falhas de natureza de manipulação política e social na aplicação do Direito Penal. Não há ampla defesa e quase que a totalidade dos princípios constitucionais são atropelados.

Destarte, embora a delação premiada no sistema americano também seja importante, o promotor de justiça, por inúmeras vezes, pode fazer acordos como bem entender, mesmo que não seja de forma a atender aos anseios do caso em questão. (COSTA, 2008).

2.3.3 Direito Alemão

Já no Direito Alemão, o instituto da delação premiada é conhecido como clemência, que se refere à regulação dos testemunhos. (GUIDI, 2006). Sobre maiores explicações sobre a delação premiada no Direito Alemão, disserta José Alexandre Marson Guidi (2006, p. 109):

No sistema alemão, o juiz pode diminuir de modo discricionário a pena ou não aplicá-la quando o agente se empenha séria e voluntariamente para impedir a continuação da associação ou a prática de um crime ou denuncia voluntariamente a

uma autoridade capaz de impedir o delito.

Existe outra possibilidade, conforme mencionado por Jeferson Botelho (2015, *online*):

[...] o Estado dispensar a ação penal, podendo ainda arquivar o procedimento já iniciado, atenuar ou dispensar a aplicação da pena quando o acusado prestar informações idôneas para impedir ou esclarecer o delito de terrorismo ou conexo ou capturar seus autores.

Assim, no Direito Alemão existe também o instituto da delação premiada, que é bem utilizado, fazendo com que o benefício àquele que colabora com as investigações criminais seja no aspecto do arquivamento do procedimento, dispensa da ação penal ou redução da pena. (BOTELHO, 2015).

2.4 Histórico da delação premiada no Brasil

Por último, existe a delação premiada no Brasil, que se torna evidente com a Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013). Porém, antes de existir a citada legislação, já existiram no Brasil outras legislações que também permitiam o uso da delação premiada.

Sua origem, conforme disserta Damásio Evangelista de Jesus (2005, *online*):

A origem da "delação premiada" no Direito brasileiro remonta às Ordenações Filipinas, cuja parte criminal, constante do Livro V, vigorou de janeiro de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830. O Título VI do "Código Filipino", que definia o crime de "Lesma Magestade" (sic), tratava da "delação

premiada" no item 12; o Título CXVI, por sua vez, cuidava especificamente do tema, sob a rubrica "Como se perdoará aos malfeitores que derem outros á prisão" e tinha abrangência, inclusive, para premiar, com o perdão, criminosos delatores de delitos alheios. Em função de sua questionável ética, à medida que o legislador incentivava uma traição, acabou sendo abandonada em nosso Direito, reaparecendo em tempos recentes.

Verifica-se que o instituto da delação premiada no Brasil é antigo, porém, destaca-se o fato de que, somente no ano de 1990, através da Lei nº. 8.072/90 (BRASIL, 1990, *online*), o instituto se tornou mais evidente, conforme se percebe pelo artigo 8º, parágrafo único:

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Verifica-se que o parágrafo único trata da delação premiada, pois, aquele que denunciar o bando ou quadrilha, poderá ter a pena reduzida.

Outra lei de grande importância no Brasil sobre a delação premiada é a Lei nº. 9.080/95 (BRASIL, 1995), que acrescentou o § 2º no artigo 25 da Lei nº. 7.492/86 (BRASIL, 1986), que dispõe sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional.

Assim versa o respectivo artigo 25 da Lei nº. 7.492/86 (BRASIL, 1986, *online*):

Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado).

§ 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (Vetado) o interventor, o liquidante ou o síndico.

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)

Novamente, observa-se o benefício abrangido pela lei, que trata da redução da pena para aquele que confessar de forma espontânea à autoridade policial ou judicial a trama delituosa. (BRASIL, 1986).

Esta mesma redação foi inserida na Lei nº. 8.137/90 (BRASIL, 1990, *online*) que dispõe sobre crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, conforme artigo 16, parágrafo único:

Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)

Cinco anos depois, mais uma lei dispôs em seu texto sobre a delação premiada, através da Lei nº. 9.034/95 (BRASIL, 1995, *online*), que trata da utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, conforme se observa no artigo 6º: “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”.

Posteriormente, surgiu a Lei nº. 9.613/98 (BRASIL, 1998), que dispõe sobre os crimes de lavagem de dinheiro. Nesta legislação, houve a possibilidade da aplicação do instituto da delação premiada caso o autor, coautor ou partícipe colaborasse espontaneamente com autoridades, prestando informações sobre o crime, conforme redação do § 5º do artigo 1º:

Art. 1º [...]

[...]

§ 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (BRASIL, 1998, *online*)

Em seguida, surgiu a Lei nº. 9.087/99 (BRASIL, 1990), que foi mais abrangente em relação à delação premiada, passando a permitir a concessão do perdão judicial e extinção da punibilidade em decorrência da colaboração com o processo criminal. É o que se verifica no artigo 13 da Lei nº. 9.087/99 (BRASIL, 1990, *online*):

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a

requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

No ano de 2012, a Lei nº. 12.683/12 (BRASIL, 2012, *online*) alterou a redação do § 5º do artigo 1º da Lei nº. 9.613/98 (BRASIL, 1998), passando a prever:

Art. 1º

[...]

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

E por fim, a legislação que trata especificamente sobre a delação premiada surgiu em 02 de agosto de 2013, através da Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013), que passou a definir a organização criminosa e dispõe sobre a

investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, sendo um dos mais importantes institutos do Direito Penal brasileiro.

3 A DELAÇÃO PREMIADA NA LEI Nº. 12.850/13

A delação premiada se tornou um dos mais importantes institutos do processo penal brasileiro. É através da delação premiada que se alcança a origem, *omodus operandi* e os partícipes da relação criminosa, sendo um fator determinante no combate à corrupção. (BITENCOURT, 2014).

Para tanto, a importância da delação premiada pôde ser constatada pela sua utilização na denominada operação “Lava Jato”, deflagrada pela Polícia Federal, que tem se revelado eficiente em relação a punição dos envolvidos nos crimes contra a Administração Pública, principalmente pelos crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha. (PALMA 2018).

Conforme delineado no capítulo anterior, a delação premiada visa, principalmente, fazer com que o acusado delate todo o esquema criminoso e ofereça provas do que está sendo alegado, para que depois possa receber os benefícios que estão previstos na Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013).

Por isso, importante se torna analisar com precisão os ditames da legislação que trata de forma específica a delação premiada, no caso, de acordo com a Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013).

3.1 Procedimento judicial da delação premiada

Em primeiro lugar, pertinente destacar como é o procedimento judicial da delação premiada. Para isso,

verifica-se inicialmente o que discorre do artigo 3º, *caput*, e seu inciso I da Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013, *online*): “Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada”.

Analisando a respectiva disposição legal, percebe-se que, em qualquer fase do processo, a delação premiada poderá ser considerada como prova. Ou seja, tal instituto pode ser utilizado tanto no inquérito policial, quanto após o recebimento da denúncia pelo juiz, neste caso, já iniciada a ação penal.

Com efeito, analisando a previsão legal contida no artigo 3º e seu inciso I, Carlos Henrique Zanateli (2016, *online*) afirma que: “O artigo 3º, I da lei 12.850/13, legitima a colaboração premiada como meio de prova cabível para ser utilizada em qualquer fase da persecução penal”.

Destarte, a delação premiada é um meio de prova que pode ser produzida em qualquer fase da persecução penal. Todavia, para que este tipo de prova possa ser produzida, devem ser cumpridos os requisitos exigidos pela legislação, os quais estão previstas no artigo 4º da Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013, *online*):

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Observe-se que, para que o delator possa ser beneficiado, é necessário se obter os resultados descritos nos incisos I a V. Dentre eles, de suma importância é a identificação dos demais participantes e a estrutura do *modus operandi*.

Neste aspecto, a jurisprudência pátria explica:

HABEAS CORPUS – ARTIGOS 33 e 35 DA LEI Nº 11.343/2006 – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVOLADA EM PREVENTIVA - DELAÇÃO PREMIADA OU COLABORAÇÃO PREMIADA – PACIENTE PRESA EM FLAGRANTE NA POSSE DE 2.3KG DE COCAÍNA – DELAÇÃO DE POLICIAL MILITAR QUE ENSEJOU A INSTAURAÇÃO DE OUTRA AÇÃO PENAL NA QUAL A PACIENTE TAMBÉM FOI DENUNCIADA - SUSPENSÃO DO PRIMEIRO PROCESSO - DECISÃO SUFICIENTEMENTE MOTIVADA – INTELIGÊNCIA DO § 3.º DO ART. 4.º DA LEI 12850/13 – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE - ORDEM DENEGADA.

[...] De seu turno, sobre a colaboração premiada, há também previsão expressa no art. 4.º da Lei n.º 12.850/2013, sendo possível que o agente colaborador seja beneficiado com o perdão judicial, redução da pena ou substituição desta

desde que “tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados”, identificando os autores e partícipes da organização e seus respectivos delitos; revelando a hierarquia e divisão de tarefas próprias da organização; contribua para a prevenção de delitos derivados de tal organização; auxilie na recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e, quando for o caso, contribua para a localização da vítima com a sua integridade física preservada. Também, para o deferimento do benefício, se impõe a análise acerca da personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. Ou seja, a colaboração premiada é um ato complexo, e como tal, além de poder ser autorizada apenas pelo juiz (§§ 7.º e 8.º da Lei n. 12.850/13), deve ser analisada detidamente no âmbito da instrução criminal, após a produção de provas pelas partes que justifiquem a aplicação do benefício legal, mediante as condições acima delineadas. E, por óbvio, no caso concreto, tendo a paciente em tese “colaborado” com as investigações, o que culminou com a prisão do CBPM William de Campos Martins, deve ratificar suas declarações e apresentar provas nos autos do processo crime em que responde juntamente com o agente policial (art. 4.º da Lei n. 12850/13 – “colaborar com a investigação e com o processo criminal”), a fim de que possa ser efetivamente beneficiada processualmente com a colaboração premiada ou com a delação premiada, conforme o caso. [...]. (TJMT. HC 01227304520148110000HC)

122730/2014. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Relator Desembargador Gilberto Giraldelli. Data de julgamento: 08 out. 2014. Data de publicação: 16 out. 2014). (MATO GROSSO, 2014, *online*)

Existe, por sua vez, dúvida se todos os incisos do artigo 4º devem ser preenchidos para que seja a delação premiada homologada e se conceda os benefícios ao delator, ou se apenas o cumprimento de um deles atingi a finalidade pretendida. Esclarecendo a questão, Admaura Silva (2016, *online*) diz: “Cabe ressaltar que, à exigência ou não de cumulação dos requisitos elencados no artigo 4º da Lei 12.850/2013, o texto deixa bem nítido que essa indecisão foi definida de que os objetivos não são cumulativos”.

Para o autor acima, não é necessário a cumulatividade do cumprimento de todos os incisos previstos no artigo 4º, bastando que um deles esteja preenchido. (SILVA, 2016).

Não obstante, existem outros entendimentos de que, além de não ser necessário o preenchimento de todos os requisitos previstos nos incisos de I a V, a regra é da cumulatividade temperada, conforme a seguir:

Pela redação do art 4º, temos que os objetivos não são cumulativos, mas alternativos, ou seja, basta que o agente alcance um deles para que tenha o benefício da Colaboração premiada.

O que vale aqui, é a regra da Cumulatividade Temperada, onde, olha-se para o caso concreto e se pergunta quais as informações de que o agente tem conhecimento; Ex.: Há uma organização criminosa que vem praticando crimes de extorsão mediante sequestro, e no exato momento há uma vítima privada de sua liberdade. Imagina-se que fora pego um

dos agentes e este resolve colaborar. Se ele souber de tudo, vai-se querer todas as informações, ou seja, terá de identificar os demais comparsas, informar o produto do crime (onde está o dinheiro do resgate), onde está a vítima no momento etc. Mas isso, se ele souber.

Mas numa organização criminosa, nem sempre este conhecimento é revelado a todos os seus integrantes, ou seja, pode ser que o membro da organização criminosa era apenas o motorista e somente sabe o paradeiro da vítima e não sabe das demais informações – neste caso, essa única informação sobre a localização da vítima já basta para a incidência do art 4º da Lei das Organizações Criminosas.

Portanto, deve prevalecer uma Cumulatividade Temperada, ou seja, é necessária a satisfação dos requisitos possíveis no mundo fático, quaisquer que sejam eles, a depender da natureza do delito praticado. (JURÍDICO CERTO, 2014, *online*)

Neste mesmo enfoque, disserta Paulo Henrique Gomiero (2015, *online*), onde destaca sobre os requisitos objetivos e subjetivos:

O ponto de partida está na Lei 12.850/13 que em seu artigo 4º estabelece requisitos de ordem objetiva (relacionadas com o fato) e requisitos de ordem subjetiva (relacionadas com o agente colaborador) para a concessão da colaboração premiada. Note que não há juízo de oportunidade para a concessão ou não da colaboração premiada sendo certo que, preenchido tais requisitos, a sua concessão se impõe. São requisitos de ordem objetiva as

informações prestadas pelo colaborador que resultem em um ou mais dos seguintes resultados: identificação de coautores e partícipes, revelação da estrutura hierárquica da organização criminosa, a prevenção de infrações penais, a recuperação do proveito das infrações penais ou, ainda, a localização de vítimas. Os requisitos objetivos não são cumulativos, ou seja, basta a existência de apenas um deles para considerar tal requisito como preenchido. Somado com os requisitos objetivos, aplicam-se os requisitos subjetivos que, por sua vez, são cumulativos, quais sejam: a análise da personalidade do colaborador, natureza, circunstâncias, gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a própria eficácia da colaboração.

Destarte, como a lei não obriga o preenchimento de todos os requisitos, o critério a ser definido se baseará no caso concreto, podendo-se dizer que a cumulatividade temperada é o caminho a ser observado pelo juiz quando analisado o procedimento judicial da delação premiada.

Caso satisfeitos os requisitos previstos nos incisos do artigo 4º, o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder três tipos de benefícios, sendo eles: perdão judicial; redução da pena em até 2/3; ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (BRASIL, 2013).

Em relação ao primeiro benefício que trata do perdão judicial, Damásio Evangelista de Jesus (2002,p. 85) explica como sendo: “[...] o instituto pelo qual o juiz, não obstante a prática delituosa por um sujeito culpado, não lhe aplica a pena, levando em consideração determinadas circunstâncias”.

Julio Fabbrini Mirabete (2008, p. 818) também leciona sobre o perdão judicial:

O perdão judicial foi também arrolado pela reforma penal entre as causas de extinção da punibilidade, como o instituto por meio do qual o Juiz, embora reconhecendo a prática de crime, deixa de aplicar a pena desde que se apresentem determinadas circunstâncias excepcionais previstas em Lei e que tornam inconveniente e desnecessária a imposição de sanção penal.

Desta análise, o perdão judicial é a extinção da punibilidade. Assim, apesar do indivíduo ter cometido o crime, ele será beneficiado a fim de que não venha a ser punido, tendo em vista a aplicação do presente instituto. (MIRABETE, 2008).

A Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013, *online*) contempla o momento em que o perdão judicial poderá ser requerido ao juiz, conforme artigo 4º, § 2º:

Art. 4º

[...]

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Sublinhe-se, neste passo, mesmo que o acordo inicial para a delação premiada não tenha sido previsto o perdão judicial como benefício ao delator, considerando sua relevância no ato da colaboração que atingiu a efetiva

finalidade, poderá ser requerido ao juiz o perdão judicial, vindo, por consequência, a acarretar a extinção da punibilidade. (BRASIL, 2013).

Outro benefício de que trata a lei é o da diminuição da pena em até 2/3. Neste caso, será levado em consideração, além da efetiva colaboração voluntária, os aspectos previstos no § 1º do artigo 4º da Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013, *online*): “Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.

E em relação ao terceiro benefício, que é o da substituição da pena de privação de liberdade pela restritiva de direitos, Admaura Silva (2016, *online*) explica que: “[...] pelo fato de ser um método ressocializador, é preferível o delator realizar prestação de serviço à comunidade a ter um simples perdão judicial”.

Estes são, portanto, os benefícios a serem requeridos ao juiz a partir do momento de sua homologação. Existe, porém, outro benefício que também se encontra previsto na Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013, *online*), que se encontra no § 4º do artigo 4º:

Art. 4º [...]

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

- I - não for o líder da organização criminosa;
- II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

Trata-se, pois, de uma variável prevista na lei que corresponde ao não oferecimento da denúncia. Neste caso, necessariamente, o procedimento ainda se encontra na fase inquisitiva, considerando que a ação penal somente iniciará depois de oferecida a denúncia pelo Ministério

Público. (BITENCOURT, 2014).

Explicando sobre o benefício do § 4º do artigo 4º, transcreve-se:

Se o acordo de colaboração for firmado ainda na fase de investigação, sendo ele homologado pelo juiz, o Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia contra o colaborador. Trata-se de uma exceção ao princípio da obrigatoriedade, segundo o qual, havendo justa causa, o MP é obrigado a oferecer a denúncia.

Para que o MP deixe de oferecer a denúncia contra o colaborador é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos:

- a) A colaboração deve ser efetiva e voluntária;
- b) O colaborador não pode ser o líder da organização criminosa;
- c) O colaborador deve ter sido o primeiro a prestar efetiva colaboração. (DIZER O DIREITO, 2015, *online*)

Estes são, portanto, os benefícios para aqueles que concordam em realizar a delação premiada. Por sua vez, existem no *caput* do artigo 4º condicionantes para que o acusado ou réu possa obter os benefícios acima apresentados. Estas condicionantes são: “[...] colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal [...]”. (BRASIL, 2013, *online*)

O termo colaborar de modo efetivo e voluntariamente podem ser explicados da seguinte forma:

A colaboração deve ser voluntária, ou seja, o colaborador não pode ter sido coagido. Vale ressaltar que a colaboração é considerada voluntária mesmo que a proposta não tenha partido do investigado/acusado. Isso porque não se exige que a colaboração seja espontânea,

ou seja, que tenha partido do colaborador a ideia, a iniciativa. Basta que seja voluntária (que ele aceite livremente). Assim, se a polícia ou o MP propõem o acordo e este é aceito livremente pelo colaborador, esta colaboração é tida como voluntária. A colaboração deve ser efetiva, isto é, somente será concedido o benefício se, com as informações fornecidas pelo colaborador, for obtido um dos resultados previstos nos incisos do art. 4º da Lei. Não se exige que o colaborador demonstre arrependimento. Sendo uma colaboração voluntária e efetiva, a concessão do benefício é devida ainda que o investigado/acusado não tenha sentimentos altruístas. (DIZER O DIREITO, 2015, *online*)

Por outro lado, pode acontecer que a realização da delação premiada não seja de forma imediata, pois, pode ensejar em detalhes e negociações demoradas entre o Ministério Público e o réu. Neste caso, a própria legislação prevê prazo para que a delação premiada seja realizada, conforme § 3º do artigo 4º da Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013, *online*):

Art. 4º [...]

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

Em relação à negociação do acordo da delação premiada, poderá ser realizado entre o colaborador e o Delegado de Polícia ou com o Ministério Público. Nesta esteira, caberá ao juiz apenas a função de verificar se a delação premiada está de acordo com a lei, não podendo

adentrar no mérito. (BITENCOURT, 2014).

Caso esteja de acordo com a lei, o juiz irá homologar a delação premiada para surtir os efeitos legais. Caso não esteja dentro da lei, o juiz poderá recusar a homologação ou solicitar seu adequamento. É o que dispõe os §§ 6º a 8º do artigo 4º da Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013, *online*):

Art. 4º [...]

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

No que tange ao termo de acordo da delação premiada, deverá atender aos requisitos previstos no artigo 6º da Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013, *online*):

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

- II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
- III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
- IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
- V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Portanto, preenchido todos os requisitos previstos na legislação, em especial o que se encontra descrito no artigo 4º, o delator poderá obter benefícios depois de homologado o termo pelo juiz, passando, assim, a ensejar seus efeitos legais. (BITERN COURT, 2014).

Existe, portanto, algumas regras específicas dentro do procedimento judicial, dentre elas a de realizar a delação premiada, após proferida a sentença condenatória pelo juiz, conforme se verá a seguir.

3.2 Delação premiada após a sentença condenatória

Existe a possibilidade de se realizar a delação premiada depois de proferida a sentença condenatória pelo juiz. Por óbvio, o condenado terá benefício menor se comparado com aquele que realizou a delação premiada antes da sentença. (RODAS, 2015).

Esta permissão legal da delação premiada depois de proferida a sentença se encontra prevista no § 5º, do artigo 4º, da Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013, *online*): “Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos”. Observe-se que, neste caso, não existe o benefício do perdão judicial, mas apenas da redução da pena e da progressão de regime.

Embora a própria legislação contemple a

possibilidade de se realizar a delação premiada depois de proferida a sentença, existem aqueles que defendem a nulidade dessa delação, por entender que o condenado sofre coação devido à pena a ele aplicada, conforme entendimento de Guilherme San Juan Araújo citado por Sérgio Rodas (2015, *online*):

A nosso ver, [na delação pós-sentença] estaríamos diante de uma ‘chantagem’ premiada, de um acordo escuso e espúrio, o que certamente não foi a intenção do legislador tutelar e, tampouco, deve ser defendido pelo Poder Judiciário. Por óbvio que nesse caso não existe nenhum critério de espontaneidade e arrependimento na conduta do agente criminoso, mas sim de manifesta intenção de se ver mais uma vez beneficiado, pela presente coação física e moral suportada com a aplicação da pena, muitas vezes, acima dos 40 anos de prisão.

Sérgio Rodas (2015, *online*) apresenta também outra opinião sobre a realização da delação premiada depois da sentença:

O professor de Direito Penal da USP Pierpaolo Cruz Bottini destaca que, se ficar provado que um acusado foi preso provisoriamente ou condenado para ser forçado a firmar um acordo de delação premiada, esta não deve ter efeitos. Mas ele diz que, se não houver irregularidades, a colaboração depois da sentença é válida.

Por fim, Sérgio Rodas (2015, *online*) expõe o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

Já Nucci não enxerga coação nem perda da voluntariedade em uma delação depois

de decisão judicial. “Isso é infundado, porque a pena decorre do crime que ele praticou. Ou seja, é uma sanção legítima, prevista em lei. Se considerarmos que pena é coação, intimidação, temos milhares de pessoas torturadas nas prisões”, analisa.

Por outro lado, questão interessante é se a delação premiada poderá ser realizada depois do trânsito em julgado da sentença condenatória. Sobre o assunto, explica Geder Luiz Rocha Gomes (2006, *online*):

[...] para a aplicabilidade da causa de diminuição de pena, outro entendimento esposamos quanto ao momento limite. Isto porque não havendo regulamentação legal do procedimento para a delação premiada, vale dizer fixação de limite temporal para o oferecimento das informações relatorias, a delação pode ser oferecida em qualquer fase da *persecutio criminis*, sendo possível, inclusive, até mesmo após o trânsito em julgado da sentença, ou seja, na fase da execução penal.

O fato é que a despeito de não haver previsão expressa na legislação quanto à delação premiada após o trânsito em julgado da sentença, esta ausência não autoriza, por si só, a negação desta possibilidade.

De acordo com o autor acima, é permitida a delação premiada após o trânsito em julgado da sentença condenatória, tendo em vista que não existe previsão expressa quanto esta proibição. (GOMES, 2006).

Inclusive, o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, ao proferir voto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº. 5508, afirmou:

“Abre-se a oportunidade de colaboração premiada na fase de investigações – no curso do inquérito policial ou outro procedimento de investigação equivalente – ou no transcorrer da ação penal, inclusive, após o trânsito em julgado de decisão”. (STF. ADI nº. 5508. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ministro Relator Marco Aurélio. Data de julgamento: 20 jun. 2018). (BRASIL, 2018, *online*)

Sendo assim, apesar de existirem interpretações diversas sobre o momento em que pode ser realizada a delação premiada, entende-se que poderá ser realizada nos seguintes momentos:

- 1) Na fase de investigação criminal (inquérito policial ou investigação conduzida pelo MP);
- 2) Durante o curso do processo penal (ainda que já em instância recursal);
- 3) Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (DIZER O DIREITO, 2015, *online*)

Ou seja, a delação premiada poderá ser realizada depois de proferida a sentença, e também, depois do trânsito em julgado da sentença, sendo que nestas situações o delator receberá os benefícios previstos no § 5º, do artigo 4º, da Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013).

3.3 Entendimento jurisprudencial sobre a delação premiada

Para fins de exemplos, pertinente destacar alguns posicionamentos jurisprudenciais a respeito do procedimento judicial da delação premiada. Em primeiro lugar, veja-se como o judiciário aplica o benefício do perdão judicial no caso concreto, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO

PÚBLICO PARA IMPETRAR HABEAS
CORPUS. DELAÇÃO
PREMIADA.EFETIVA
COLABORAÇÃO DO CORRÉU NA
APURAÇÃO DA VERDADE REAL.
APLICAÇÃO DA MINORANTE NO
PATAMAR MÍNIMO.AUSÊNCIA DE
FUNDAMENTAÇÃO.CONSTRANGIM
ENTO ILEGAL CONFIGURADO.
ORDEM CONCEDIDA.

[...]

3. A delação premiada, a depender das
condicionantes estabelecidas na norma,
assume a natureza jurídica de perdão
judicial, implicando a extinção da
punibilidade, ou de causa de diminuição
de pena. (STJ. HC 97509 /
MG2007/0307265-6. Órgão Julgador:
Quinta Turma. Relator Ministro Arnaldo
Esteves Lima. Data de julgamento: 15 jun.
2010. Data de publicação: 02 ago. 2010).
(BRASIL, 2010, *online*)

Ou seja, claro é que no caso do perdão judicial o
benefício será a da extinção da punibilidade. Trata-se, na
verdade, do maior benefício previsto na legislação, eis que
os demais benefícios preveem apenas a redução da pena
ou substituição da pena privativa de liberdade por
restritiva de direitos.

Nas palavras do Ministro Relator Marco Aurélio,
ao proferir voto no julgamento da Ação Direta de
Inconstitucionalidade – ADI nº. 5508:

[...] O perdão judicial é instituto que
possibilita ao juiz deixar de impor sanção
diante da existência de determinadas
circunstâncias expressamente previstas
em lei. É a gradação máxima de redução
da pena a resultar na extinção da
punibilidade, nos termos do artigo 107,
inciso IX, do Código Penal. (STF. ADI
nº. 5508. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Ministro Relator Marco Aurélio. Data de
julgamento: 20 jun. 2018). (BRASIL,
2018, *online*)

No que diz respeito à discussão sobre a
cumulatividade dos incisos do artigo 4º, que trata dos
requisitos para que se obtenha o direito aos benefícios da
delação premiada, o caso concreto deve ser analisado, e a
partir de então, poderá ser realizada pela forma da
cumulatividade temperada, conforme entendimento do
Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE
DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE
ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.
INCIDÊNCIA DA ATENUANTE.
CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE
PENAPREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA
LEI Nº 11.343/2006. REITERAÇÃO
DE PEDIDO. DELAÇÃO PREMIADA.
AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO
DO BENEFÍCIO. REVOLVIMENTO DA
PROVA. VIA INADEQUADA.
IMPOSSIBILIDADE.

ORDEM PARCIALMENTE
CONHECIDA E DENEGADA. [...] Todavia, apesar de o paciente haver
confessado sua participação no crime,
contando em detalhes toda a
atividade criminosa e incriminando seus
comparsas não há nenhuma
informação nos autos que ateste o uso de
tais informações para fundamentar
a condenação dos outros envolvidos, pois
a materialidade, as autorias e o
desmantelamento do grupo criminoso se
deram, principalmente pelas
interceptações telefônicas legalmente
autorizadas e pelos depoimentos das
testemunhas e dos policiais federais.
(STJ. *Habeas Corpus* nº. 90.962 / SP
2007/0221730-9. Órgão Julgador: Sexta
Turma. Relator Ministro Haroldo

No caso acima, mesmo o delator informando detalhes a respeito da prática criminosa e apontando os demais participantes, não foi obtido efeito para fins dos benefícios previstos na lei da delação premiada, em razão de que outros meios foram utilizados para descobrir a materialidade do crime.

De tal forma, a depender do caso concreto, será possível ou não ser necessário o preenchimento de todos os requisitos dos incisos do artigo 4º, motivo que deverá ser feito através da cumulatividade temperada.

Já em relação à possibilidade de se firmar acordo de delação premiada entre o colaborador e o Delegado de Polícia, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou de forma a considerar constitucional a possibilidade de delegados de polícia realizarem acordos de colaboração premiada na fase do inquérito policial.

Assim é o voto proferido pelo Relator Ministro Marco Aurélio que originou a possibilidade de delegados de polícia poder firmar acordos de colaboração premiada:

[...] A Constituição Federal, ao estabelecer competências, visa assegurar o equilíbrio entre os órgãos públicos. A concentração de poder é prejudicial ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, razão pela qual interpretação de prerrogativas deve ser feita mediante visão global do sistema, sob pena de afastar a harmonia prevista pelo constituinte.

A Lei nº 12.850/2013 tem como objetivo o combate às organizações criminosas, havendo íntima conexão com os postulados constitucionais da eficiência e do resguardo da segurança pública. [...]

Os preceitos asseguram ao delegado de polícia a legitimidade para proposição do acordo de colaboração premiada – instrumento de obtenção de prova – na fase de investigação, quando desenvolvida no âmbito do inquérito policial.

Sendo a investigação o principal alvo da polícia judiciária, ante a conformação constitucional conferida pelo artigo 144, meios previstos na legislação encontram-se inseridos nas prerrogativas da autoridade policial. Sendo a polícia a única instituição que tem como função principal o dever de investigar, surge paradoxal promover restrição das atribuições previstas em lei. Retirar a possibilidade de utilizar, de forma oportuna e célere, o meio de obtenção de prova denominado colaboração premiada é, na verdade, enfraquecer o sistema de persecução criminal, inobservando-se o princípio da vedação de proteção insuficiente.

A Lei é clara ao definir o momento em que pode ocorrer o procedimento de delação. O artigo 3º, ao versar os meios de obtenção de prova relacionada às organizações criminosas, entre eles a colaboração premiada, dispõe ser a celebração do acordo permitida em qualquer fase da persecução penal.

Abre-se a oportunidade de colaboração premiada na fase de investigações – no curso do inquérito policial ou outro procedimento de investigação equivalente – ou no transcorrer da ação penal, inclusive, após o trânsito em julgado de decisão.

O momento no qual realizada é relevante

para que seja estabelecida, nos ditames da lei e da Constituição, a autoridade com atribuições para firmar o acordo: durante as investigações compete à autoridade policial, em atividade concorrente e com supervisão do membro do Ministério Público; instaurada a ação penal, tem-se a exclusividade do Órgão acusador.

A insurgência contra o disposto no § 2º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013 não prospera.

O texto confere ao delegado de polícia, no decorrer das investigações, exclusivamente no curso do inquérito policial, a faculdade de representar ao juiz, ouvido o Ministério Público, pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não haja sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o artigo 28 do Código de Processo Penal.

[...]

Mostram-se inconfundíveis o objeto da delação com o efeito concreto, em termos de viabilizar investigações, elucidando práticas criminosas, e os benefícios a serem implementados em sentença pelo órgão julgador. Definida a natureza jurídica do instrumento, tendo em conta o arcabouço constitucional e infraconstitucional, nada impede que seja formalizado, na fase de investigação pelo delegado de polícia, com manifestação do Ministério Público, como dispõe a legislação, uma vez que as vantagens previstas na Lei de regência somente poderão ser implementadas pelo juiz.

O argumento segundo o qual é privativa do Ministério Público a legitimidade para

oferecer e negociar acordos de colaboração premiada, considerada a titularidade exclusiva da ação penal pública, não encontra amparo constitucional. (STF. ADI nº 5508. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ministro Relator Marco Aurélio. Data de julgamento: 20 jun. 2018). (BRASIL, 2018, *online*)

Estes são, portanto, os aspectos jurisprudenciais que se destacam quando o assunto é o procedimento judicial da delação premiada. Existem outros preceitos importantes no que diz respeito à delação premiada, e dentre eles os referentes às regras e limites da delação premiada, conforme se passa analisar no próximo capítulo.

4 REGRAS E LIMITES DA DELAÇÃO PREMIADA

Alguns aspectos devem ser também examinados no que condiz às regras e limites da delação premiada. Isto porque não é qualquer delação que fará com que o delator tenha seu termo homologado pelo juiz.

Melhor dizendo, mesmo que o delator aponte os requisitos contidos no artigo 4º da Lei nº 12.850/13 (BRASIL, 2013), existem limites para que a delação seja, de fato, homologada.

Dentre estes limites está a existência de provas que venham a corroborar com as declarações prestadas na delação premiada. Sobre o tema, abaixo estão as palavras de Frederico Valdez Pereira (2008, *online*):

No aspecto processual, os problemas não estão nas simples previsões normativas da cooperação pós-delitiva, mas sim na forma de sua efetiva utilização; portanto o mais relevante na matéria será a adequada aplicação do instituto com a observância de enunciados fundamentais

que decorrem da particularidade dessemelhança de prova e de sua correlação com o princípio da presunção de inocência.

Outros fatores também devem ser observados para que a delação premiada tenha validade, e dentre eles se destacam: a) o princípio da presunção de inocência, em que a prova unicamente produzida através das declarações não se torna hábil para punir criminalmente alguém que supostamente participou do crime; b) a revogação do direito ao silêncio.

No que tange ao direito ao silêncio, apesar de estar previsto como direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): "[...] o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...]"; não será aplicado na Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013), uma vez que a própria essência da lei é delatar, e não permanecer calado.

Se o acusado permanecer calado, não estará praticando nenhum ato de delação para fins de recebimento de benefício. Aliás, a Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013, *online*) é no sentido de que a delação premiada é ato do colaborador que: "[...] tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal [...]" (art. 4º).

Por isso, apesar de ser um direito fundamental de toda pessoa, o direito ao silêncio não é compatível com a legislação que trata da delação premiada, considerando que a natureza do instituto é exatamente ao contrário, delatar para que possa contribuir com a busca da verdade, para depois, ser recompensado através de benefícios como: perdão judicial; redução da pena ou substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Assim, torna-se dever do delator dizer apenas a verdade, sendo que o § 14, do artigo 4º, da Lei nº.

12.850/13 (BRASIL, 2013, *online*) dispõe expressamente sobre a renúncia do direito ao silêncio: "Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade".

Daí, conclui-se que, para a produção de provas referente às declarações prestadas na delação premiada, são necessárias duas vertentes: a necessidade de outras provas, não bastando apenas as declarações do delator, pelo fundamento da presunção de inocência; e a revogação do direito ao silêncio, fato determinante para que o delator possa relatar o *modus operandi* do crime.

De forma mais detalhada, veja-se a seguir como são as regras e limites do valor probatório nos casos que envolvem o procedimento da delação premiada.

4.1 O valor probatório da delação premiada

A principal regra para que o termo de delação premiada seja homologado pelo juiz é a existência de outras provas para sustentar o relato do colaborador. Nesta seara, apenas o fato de delatar não servirá como prova, baseando-se no princípio da presunção de inocência. (PEREIRA, 2009).

Trata-se, neste caso, de um limite definido em lei, ou seja, poderá existir a colaboração premiada, mas desde que o relato do colaborador seja sustentado por provas robustas nos autos do processo criminal.

Sobre o tema, Frederico Valdez Pereira (2009, p. 190) afirma sobre a delação premiada ser corroborada com outros meios de prova:

As declarações do colaborador advêm de pessoa interessada na solução do processo, e não se pode dizer que seja mero interesse extraprocessual como o que podem ter os familiares, amigos ou inimigos do imputado. O colaborador tem

interesse, ao menos, na obtenção dos benefícios advindos do instituto, mas não se pode descartar também a provável existência de circunstâncias advindas das próprias relações internas entre os membros de uma quadrilha ou organização criminosa que estão em julgamento e que influam sobre os móveis do arrependido. Fundamental conclusão extraída da singularidade desse meio de prova, e que será aprofundada mais adiante, é a necessidade de corroboração das informações advindas da colaboração premiada por outros elementos objetivos e externos ao instituto. Significa que, como meio de prova, a colaboração premiada não basta por si só.

Este valor probatório da delação premiada encontra-se previsto expressamente no § 16 do artigo 4º da Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013, *online*), que dispõe: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Percebe-se que, se existirem apenas declarações de agente colaborador, a condenação criminal não será válida, exigindo-se outras provas para que se sustente a acusação. (PEREIRA, 2009).

Neste sentido, se baseia o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

1. O pedido do Procurador-Geral da República. 2. Os fatos alegadamente delituosos. 3. A colaboração premiada, que não é meio de prova, acha-se legalmente disciplinada como instrumento de obtenção de dados e subsídios informativos. Valor e restrição concernentes ao depoimento do agente colaborador. O “Caso Enzo Tortora” na Itália: um clamoroso erro judiciário. [...]

DECISÃO

A colaboração premiada, que não é meio de prova, acha-se legalmente disciplinada como instrumento de obtenção de dados e subsídios informativos. Valor e restrição concernentes ao depoimento do agente colaborador. [...] o fato é que a Lei nº 12.850/2013 “[...] traz aspectos positivos ao garantir ao delatado maior possibilidade de questionar o depoimento do delator, ao buscar diminuir a possibilidade de erro judiciário vedando-se condenação com fundamento exclusivo em delação, ao procurar garantir a integridade física do colaborador e ao regulamentar o acordo de colaboração, o que antes inexistia” [...]. Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a utilização do instituto da colaboração premiada (cujo “nomen juris” anterior era o de delação premiada), ressaltando, no entanto, bem antes do advento da Lei nº 12.850/2013 (art. 4º, § 16), que nenhuma condenação penal poderá ter por único fundamento as declarações do agente colaborador (HC 94.034/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 213.937/PA, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, v.g.): “PROVA – DELAÇÃO – VALIDADE. Mostra-se fundamentado o provimento judicial quando há referência a depoimentos que respaldam delação de co-réus. Se, de um lado, a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro, serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligadas.” (HC 75.226/MS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei) O aspecto que venho de ressaltar – impossibilidade de condenação penal com suporte unicamente em depoimento prestado pelo agente colaborador, tal como acentua a doutrina (EDUARDO ARAÚJO DA SILVA, “Organizações Criminosas:

aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13”, p. 71/74, item n. 3.6, 2014, Atlas, v.g.) – constitui importante limitação de ordem jurídica que, incidindo sobre os poderes do Estado, objetiva impedir que falsas imputações dirigidas a terceiros “sob pretexto de colaboração com a Justiça” possam provocar inaceitáveis erros judiciais, com injustas condenações de pessoas inocentes. Na realidade, o regime de colaboração premiada, definido pela Lei nº 12.850/2013, estabelece mecanismos destinados a obstar abusos que possam ser cometidos por intermédio da ilícita utilização desse instituto, tanto que, além da expressa vedação já referida (“lex. cit.”, art. 4º, § 16), o diploma legislativo em questão também pune como crime, com pena de 1 a 4 anos de prisão e multa, a conduta de quem imputa “falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente” ou daquele que revela “informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas” (art. 19). Com tais providências, o legislador brasileiro procurou neutralizar, em favor de quem sofre a imputação emanada de agente colaborador, os mesmos efeitos perversos da denúncia caluniosa revelados, na experiência italiana, pelo “Caso Enzo Tortora” (na década de 80), de que resultou clamoroso erro judiciário, porque se tratava de pessoa inocente, injustamente delatada por membros de uma organização criminosa napolitana (“Nuova Camorra Organizzata”) que, a pretexto de cooperarem com a Justiça (e de, assim, obterem os benefícios legais correspondentes), falsamente incriminaram Enzo Tortora, então conhecido apresentador de programa de sucesso na RAI (“Portobello”). Mais do

que isso, cumpre ter presente, ainda, a correta observação feita pelo eminente Ministro TEORI ZAVASCKI no julgamento do HC 127.186/PR, de que foi Relator, ocasião em que expendeu considerações relevantes em torno do instituto da colaboração premiada, advertindo, com absoluta procedência, com fundamento na legislação pertinente (Lei nº 12.850/2013, art. 4º, “caput” e § 6º), que “seria extrema arbitrariedade [...] manter a prisão preventiva [de alguém] como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, que, segundo a lei, deve ser voluntária” [...], concluindo, com inteiro acerto, que “Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada” [...]. Registre-se, de outro lado, por necessário, que o Estado não poderá utilizar-se da denominada “corroboração recíproca ou cruzada”, ou seja, não poderá impor condenação ao réu pelo fato de contra este existir, unicamente, depoimento de agente colaborador que tenha sido confirmado, tão somente, por outros delatores, valendo destacar, quanto a esse aspecto, a advertência do eminente Professor GUSTAVO BADARÓ (“O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013”): “A título de conclusão, podem ser formulados os seguintes enunciados: A regra do § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13 aplica-se a todo e qualquer regime jurídico que preveja a delação premiada. O § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13, ao não admitir a condenação baseada exclusivamente nas declarações do delator, implica uma limitação ao livre convencimento, como técnica de prova

legal negativa. É insuficiente para o fim de corroboração exigido pelo § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13 que o elemento de confirmação de uma delação premiada seja outra delação premiada, de um diverso delator, ainda que ambas tenham conteúdo concordante. Caso o juiz fundamente uma condenação apenas com base em declarações do delator, terá sido contrariado o § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13 [...]. (STF. Pet 5700. Relator Ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 22 set. 2015. Data de publicação: 24 set. 2015). (BRASIL, 2015, *online*)

Pode-se extrair, portanto, que a delação premiada por si só, é insuficiente para levar alguém à condenação. No caso, existem limites para que a prova seja válida, sendo que este é um deles, qual seja, existirem outros meios de prova que corroboram com as declarações produzidas na delação premiada.

4.1 Limites da premiação

Outro limite que se baseia na validade do procedimento da delação premiada é em relação à premiação. A legislação aponta três benefícios em seu artigo 4º, *caput*: “[...] perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos [...]”. (BRASIL, 2013, *online*)

Outro benefício encontra-se previsto no artigo 4º, § 4º da Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013, *online*):

Art. 4º [...]

§ 4º Nas mesmas hipóteses do *caput*, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

Com efeito, outros tipos de premiação a não ser estas que se encontram previstas na lei podem ser vistas como abusos, afrontando os limites e regras da lei, inclusive, no que tange ao princípio da legalidade. Porém, mesmo que a premiação esteja dentro da lei, é pertinente utilizá-la em conformidade com princípio da razoabilidade, pois, a conduta do agente pode ter sido tão grave de forma a não merecer tamanho benefício.

Este fato já ocorreu na prática, recentemente, com os executivos da empresa JBS. Os crimes por eles praticados foram tão graves que a sociedade “avaliou” como sendo injustos os benefícios negociados com o Ministério Público Federal que, posteriormente, foram homologado pelo juiz. Neste aspecto, Adib Abdouni (2017, *online*) apresenta os seguintes fatos:

A delação premiada dos executivos da JBS tem sido alvo de defensores apaixonados e de críticos ferrenhos.

Com efeito, não se nega que os irmãos Batista trouxeram à baila fatos novos, qualificados pela importância da estatura dos delatados, de interesse indelével da persecução penal do Estado e da própria clarificação do país.

Porém, as peculiaridades do acordo fechado causaram espécie a uma parcela significativa dos brasileiros, ante a gravidade dos fatos tornados públicos – com concreta participação dos delatores nos delitos confessados. As benesses recebidas pelos delatores da JBS extrapolaram os limites da razoabilidade, diante da ausência de reprimenda de segregação corporal (encarceramento mínimo que fosse). Assim, elas fizeram

surgir um sentimento de impunidade, haja vista que nem mesmo a multa bilionária negociada – a ser paga parceladamente e em valor dissociado dos vultosos prejuízos causados ao Erário e à população – mostra-se capaz de apaziguar essa sensação.

Emergem daí – com razão – as críticas dirigidas contra os negociadores do Estado, a revelar ou o açodamento de sua conclusão (talvez precipitada pelo prenúncio da sucessão que haverá no comando da Procuradoria-Geral da República), ou, remotamente, a demonstrar que os irmãos Batista – assim como fazem em suas negociações mercantis – são experts mesmo em obter resultados ímpares nas demandas em que se envolvem.

[...]

O que se espera é que o Plenário da mais alta Corte de nosso país – sem que isso represente afronta à segurança jurídica – possa rever as condições homologadas, com o fito de neutralizar os efeitos da impunidade, de forma a balancear os benefícios outorgados aos delatores. Afinal, é preciso equipará-los de maneira isonômica àqueles negociados com outros colaboradores, a exemplo da redução da pena ou da aplicação de penas substitutivas, mas não lhes conceder o perdão judicial, tendo em vista a carência da recuperação total dos recursos desviados, a magnitude dos crimes cometidos e, principalmente, a repercussão social dos resultados danosos impostos pelo esquema criminoso.

Destarte, a questão do excesso de premiação é um limite a ser observado, inclusive, por amparo

constitucional, uma vez que o princípio da razoabilidade deve ser aplicado e avaliado no caso concreto.

Além disso, um acordo de delação que extrapole a razoabilidade não deve ser homologado pelo juiz, de forma que deverá ser solicitado seu ajustamento, adequando-se ao caso concreto, conforme permite o § 8º, do artigo 4º, da Lei nº. 12.850/13 (BRASIL, 2013).

4.2 Possibilidade de revisão e revogação da delação premiada

Outra questão pontual e que se refere às regras do procedimento da delação premiada é sobre sua revisão e revogação. Assim, observa-se que, mesmo depois de homologado pelo juiz a delação premiada, o termo de acordo poderá ser revisto, podendo levar, inclusive, à sua rescisão.(ROMANO, 2017).

Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, conforme apresentado por Rogério Tadeu Romano (2017, *online*):

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, no dia 29 de junho de 2017, que ilegalidades descobertas depois da homologação de um acordo de delação podem levar à sua rescisão. A regra estabelecida é que as cláusulas devem ser mantidas pelo Judiciário depois de homologadas, mas abriu essa exceção. Além disso, caso o delator descumpra os termos do acordo, também poderá perder seu benefício.

Rogério Tadeu Romano (2017, *online*) ainda descreve sobre o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, transcrevendo entendimentos dos respectivos ministros:

O relator do caso em julgamento é o ministro Edson Fachin. Seu voto inicial causou resistência pelo uso da palavra "vinculação", o que foi interpretado por alguns ministros como uma forma de tolher os poderes do plenário do STF, que não poderia mudar o estabelecido por um de seus integrantes. Isso porque o tribunal também decidiu que a homologação do acordo é uma tarefa apenas do relator do caso, e não do plenário.

Acordo homologado como regular, voluntário e legal gera vinculação condicionada ao cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, salvo ilegalidades supervenientes aptas a justificar anulação do negócio jurídico - propôs Fachin.

Alexandre de Moraes discordou dos termos: O controle dessa legalidade, regularidade e voluntariedade deve ser feito pelo relator na homologação. Ele vai homologar, mas isso não impede que, no momento do julgamento, o colegiado, seja turma, seja o plenário, analise os fatos supervenientes ou os fatos de conhecimento posterior - disse Moraes.

Assim, Luís Roberto Barroso perguntou qual seria a sugestão dele. Moraes propôs:

- Acordo homologado como voluntário, regular e legal deverá em regra produzir seus efeitos face ao cumprimento dos deveres assumidos na colaboração possibilitando ao colegiado a análise do parágrafo 4º do artigo 966. É uma referência ao artigo do Código de Processo Civil (CPC) que permite rescindir decisões quando verificadas algumas hipóteses de ilegalidades. Fachin concordou com a redação proposta por

Moraes e a incorporou a seu voto. Depois, seguiram o mesmo entendimento os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Celso de Mello e Cármen Lúcia.

Ademais, no contexto processual, a decisão narrada acima se fundamenta pelo que descreve o artigo 966 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, *online*):

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
[...]

§ 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

Interpretando respectivo artigo, ensina Rogério Lauria Tucci citado por Rogério Tadeu Romano (2017, *online*): “Eis aí a ação anulatória de ato judicial praticado no processo, pelas partes, nunca por órgão judicial, envolvendo declaração de vontade, homologado ou não, que é desconstituído por outra ação que não a rescisória”.

Destarte, conforme explicado por Rogério Tadeu Romano (2017, *online*): “Com a decisão, o STF deixou claro que o acordo poderá ser revisto caso o delator não cumpra o que foi acertado com o Ministério Público, deixando de revelar fatos importantes ou se ficar comprovado que ele faltou com a verdade”.

Salienta-se que, conforme afirmado por Rodrigo Janot citado por Rogério Tadeu Romano (2017, *online*):

Não seria nem necessário dizer isso. Isso é o óbvio. Se surge um fato novo ou se chega ao conhecimento do sistema judiciário um fato já ocorrido que torna

ilegal o acordo, é óbvio que pode ser revisto o acordo. Ninguém aqui quer agasalhar ilegalidade.

Portanto, pode-se dizer que existe a possibilidade de revisão ou até mesmo revogação da delação premiada, em virtude de possíveis ilegalidades que no futuro possam vir a serem constatadas pelo não cumprimento do acordo.

Inclusive, na prática, recentemente, ocorreu a rescisão de um termo de colaboração premiada com os executivos da empresa JBS, conforme narra Gabriel Palma (2018, *online*):

A Procuradoria Geral da República (PGR) informou nesta segunda-feira (26) ter rescindido os acordos de delação de Wesley Batista, um dos donos da J&F, e de Francisco de Assis e Silva, ex-executivo do grupo.

Na prática, os acordos estão suspensos. Isso porque a rescisão definitiva ainda depende de homologação do ministro Luiz Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF), relator do caso.

[...]

Segundo a PGR, Wesley Batista e Francisco de Assis descumpriram termos do acordo de colaboração e "omitiram, de forma intencional, fatos criminosos dos quais eles já tinham conhecimento" quando fecharam o acordo com o MPF.

[...]

Os argumentos da PGR
Na manifestação enviada ao Supremo, a procuradora-geral da República, Raquel Dodge, diz que os delatores infringiram duas cláusulas do acordo, deixando de informar fatos ilícitos.

Assim como no caso de Joesley e de Saud, a PGR afirma que o ex-procurador da República Marcello Miller prestou "relevante assessoria ao grupo J&F para auxiliá-lo na concretização dos acordos de leniência e de colaboração premiada".

A PGR argumenta, ainda, que quando Miller auxiliou a JBS ainda era procurador e "todos sabiam".

Assim, conclui-se que, se algum delator mentir ou simplesmente omitir informações a respeito de fatos que deveria relatar, o termo da colaboração premiada poderá ser rescindido, considerando que o acordo não foi cumprido em sua integralidade.

Tratam-se, portanto, de limites e regras que devem ser analisados caso a caso, para que os ditames legais e constitucionais sejam preservados, e não haja nenhum fato que desvirtua os ditames da lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho conclui-se que a delação premiada é um importante instituto presente no ordenamento jurídico brasileiro. Busca-se, principalmente, trazer informações sobre organizações criminosas, para que, depois de descobertos envolvidos nestas referidas organizações, as infrações por eles praticadas ou ainda outros resultados previstos no artigo 4º da lei 12850/13, conceder benefícios ao delator.

Estes benefícios encontram-se previstos na cidadalegislação, que podem ser: perdão judicial; redução da pena; substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, dentre outros, como, por exemplo, o direito de ser conduzido em juízo separadamente dos outros coautores e participar das audiências sem contato visual com os outros acusados.

Desta feita, quando alguém que está envolvido no crime deseja receber respectivos benefícios, deve cooperar no sentido de apresentar informações, e ainda, advir em resultados positivos, que dentre outros são: identificar os demais partícipes, estrutura da organização criminosa, recuperação do produto ou proveito econômico obtido etc.

Um ponto importante que foi analisado nesse trabalho é que a mera declaração do delator não basta para fundamentar possível condenação.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) se fundamenta por uma série de princípios, dentre eles o da presunção de inocência. Justamente por isso não é admissível condenar alguém somente pelas declarações do delator. É necessário, dentre outras circunstâncias, apresentar prova robusta do que está sendo dito, e, ainda, haver congruência e cooperação durante todo o procedimento para se descobrir o crime.

Assim, o instituto da delação premiada se situa em um importante mecanismo jurídico para descobrimento do crime. Não obstante, deve ser orientado pelos limites e valores probatórios produzidos, caso contrário, de nada adiantará as informações prestadas, sendo que o delator não fará jus aos benefícios previstos em lei.

Portanto, o presente trabalho procurou esclarecer sobre todos estes fatores que se encontram na lei 12.850/13, principalmente porque atualmente é comum se ver em noticiários jornalísticos a realização da delação premiada, tanto por parte do Ministério Público, quanto por parte da Polícia.

No caso, quando existirem os elementos essenciais da delação, é possível dizer que houve o cumprimento da lei e a consequência é a homologação pelo juiz, fazendo com que os demais partícipes sejam processados e condenados.

REFERÊNCIAS

ABDOUNI, Adib. Supremo tem de rever benesses aos delatores da JBS. In: **Palácio do Planalto**. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/supremo-tem-de-rever-benesses-aos-delatores-da-jbs/>>. Acesso em: 23 set. 2018.

ARAS, Vladimir. **Lavagem de dinheiro**: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011.

ARRUDA, Rejane Alves de. **Organização Criminosa** – comentário à lei 12.850/13, de 05 de agosto de 2013. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOTELHO, Jeferson. Direito Penal Premial: breves apontamentos sobre Delação e Colaboração Premiada. In: **JurisWay**, 2015. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?pagina=127&idarea=17&id_dh=15221>. Acesso em: 23 ago. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 12.683/12, de 09 de julho de 2012. Altera a Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. In: **Palácio do Planalto**, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em: 28 ago.

2018.

BRASIL. Lei nº. 12.850/13, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 13.105/15, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: **Palácio do Planalto**, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. Lei nº. 7.492/86, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.072/90, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

In: **Palácio do Planalto**, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 9.034/95, de 03 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. In: **Palácio do Planalto**, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 9.080/95, de 19 de julho de 1995. Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. In: **Palácio do Planalto**, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9080.htm>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 9.613/98, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 9.807/99, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. In: In:

Palácio do Planalto, 1995. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm>.
Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº. 90.962 / SP 2007/0221730-9. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator Ministro Haroldo Rodrigues. In: **STJ**, 2011. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=90962&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>
. Acesso em: 16 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 97509 / MG 2007/0307265-6. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. In: **STJ**, 2010. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=97509&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>
. Acesso em: 16 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº. 5508. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ministro Relator Marco Aurélio. In: **STF**, 2018. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 5700. Relator Ministro Celso de Mello. In: **STF**, 2015. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000188658&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição 7.074 Distrito Federal. Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator Edson Fachin. In: **STF**, 2017. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP>

=TP&docID=14752801>. Acesso em: 23 ago. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Marcos Dangelo da. Delação Premiada. In: **Conteúdo Jurídico**, 2008. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,delacao-premiada,22109.html>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado** – comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – lei 12.850/13. Salvador: Juspodivm. 2013.

DICIONÁRIO *ONLINE* DA LÍNGUA PORTUGUESA. Delação. In: **Dicio**, 2018. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/delacao/>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

DIZER O DIREITO. Colaboração premiada. In: **Dizer o Direito**, 2015. Disponível em:
<<http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/colaboracao-premiada.html>>. Acesso em: 16 set. 2018.

G1. Amigo de infância de Sérgio Cabral conta tudo sobre suposta propina. In: **G1**, 2017. Disponível em:
<<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/12/amigo-de-infancia-de-sergio-cabral-countudo-sobre-suposta-propina.html>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

GOMES, Geder Luiz Rocha. A delação premiada em sede de execução penal. In: **TJAL**, 2006. Disponível em:
<http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2015_05_11_14_08_46_Artigo.Dela+%BA+%FAo.Premiada.Execu

%BA+%FAo.Penal.Geder.Rocha.pdf>. Acesso em: 16 set. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Delação premiada consolida-se no STJ. In: **Jus Brasil**, 2015. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/188599805/delacao-premiada-consolida-se-no-stj>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

GOMIERO, Paulo Henrique. Colaboração premiada: o perdão judicial como direito subjetivo do colaborador. In: **Jus**, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35863/colaboracao-premiada-o-perdao-judicial-como-direito-subjetivo-do-colaborador>>. Acesso em: 16 set. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Crime organizado no sistema italiano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada no combate ao crime organizado**. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código Penal anotado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro. In: **Jus**, 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7551/estagio-atual-da-delacao-premiada-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

JURÍDICO CERTO. Aspectos fundamentais da colaboração premiada. In: **Jurídico Certo**, 2014. Disponível em: <[https://juridicocerto.com/p/cayonperes/artigos/aspectos-](https://juridicocerto.com/p/cayonperes/artigos/aspectos-fundamentais-da-colaboracao-premiada-948)

[fundamentais-da-colaboracao-premiada-948](https://juridicocerto.com/p/cayonperes/artigos/aspectos-fundamentais-da-colaboracao-premiada-948)>. Acesso em: 22 set. 2018.

KAWAGUTI, Luís Kawaguti; ANDRADE, Hanrrikson de. Em nova condenação, Sérgio Cabral é sentenciado a mais 47 anos de prisão. In: **Uol**, 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/09/11/em-nova-condenacao-sergio-cabral-e-sentenciado-a-mais-47-anos-de-prisao.htm>>. Acesso em: 12 set. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação penal especial comentada**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. HC 01227304520148110000 HC 122730/2014. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Relator Desembargador Gilberto Giraldelli. In: **TJMT**, 2014. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/364810183/habeas-corpus-hc-1227304520148110000-122730-2014>>. Acesso em: 22 set. 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Marcos César Gonçalves de. O Direito Premial, a delação premiada e a leniência. In: **Migalhas**, 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241999,81042-O+Direito+Premial+a+delacao+premiada+e+a+lenienc>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PALMA, Gabriel. PGR rescinde acordos de delação de Wesley Batista e de Francisco de Assis, da J&F. In: **G1**, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/pgr-rescinde-acordos-de-delacao-de-wesley-batista-e-francisco-de-assis-e-silva.ghml>>. Acesso em: 23 set. 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2009.

RODAS, Sérgio. Acordo de delação premiada pode ser firmado após sentença condenatória. In: **Conjur**, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-09/acordo-delacao-premiada-firmado-sentenca>>. Acesso em: 20 set. 2018.

ROMANO, Rogério Tadeu. Anulação da delação premiada. In: **Jus**, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58865/anulacao-da-delacao-premiada>>. Acesso em: 25 set. 2018.

SÃO PAULO. Secretaria da Segurança Pública. Programa de Recompensas. In: **SSPSP**, 2018. Disponível em: <<http://www.ssp.sp.gov.br/recompensas/Recompensas.aspx>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

SILVA, Admaura. A Delação Premiada na Nova Lei do Crime Organizado - Lei nº 12.850/2013. In: **Jus Brasil**, 2016. Disponível em: <<https://silvamaura.jusbrasil.com.br/artigos/273325253/a-delacao-premiada-na-nova-lei-do-crime-organizado-lei-n-12850-2013>>. Acesso em: 20 set. 2018.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZANATELI, Carlos Henrique. Colaboração premiada: seus procedimentos e constitucionalidade. In: **Jus**, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53511/colaboracao-premiada-seus-procedimentos-e-constitucionalidade>>. Acesso em: 14 set. 2018.

CONCEITO JURÍDICO CIVIL DA PESSOA E O INÍCIO DA PERSONALIDADE: DIREITOS DO NASCITURO E ABORTO

Marcos Miguel Silva Rabelo⁴¹

RESUMO

Muito se discute atualmente a respeito dos direitos do nascituro, sobre o aborto, se a formação do feto já é considerada pessoa com direitos civis etc., porém, ainda que exista muita discussão, poucos são os debates jurídicos a respeito do tema. O que realmente existe é se o feto sendo gerado já possui personalidade e direitos civis, de modo a ser preservado e garantir sua sobrevivência. Por outro lado, existem aqueles que dizem sobre os direitos da mulher, na qual tem direito de escolha de seu próprio corpo, e ainda, no que perfaz sua escolha sexual em desejar ou não ter o filho, ou seja, ter a livre escolha em continuar com a gestação. Nesta seara, o que o presente trabalho irá apresentar são os aspectos do conceito jurídico civil, de modo a compreender se a formação do feto quando gerado pela mulher já possui personalidade jurídica quanto a proteção legal. Por outro lado, também será discutido a respeito da (im)possibilidade de aborto quando o feto ainda encontra-se em desenvolvimento. Importante destacar também que o feto é o desenvolvimento humano no útero após o final do terceiro mês, e de igual modo, fica a dúvida se antes deste período poderá ou não proceder com o aborto, e se já existe a personalidade jurídica no âmbito civil. Com efeito, muitas são as discussões que envolvem a matéria, e

⁴¹ Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

no peculiar, será demonstrado sobre os fundamentos, hipóteses e discussões jurídicas em relação à matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Personalidade jurídica. Nascituro. Aborto. Direito Civil.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto analisar acerca do nascituro a o início da personalidade jurídica civil. Tem como objetivos específicos demonstrar a evolução histórica no nascituro e os direitos que a ele são resguardados e o início da responsabilidade civil. Analisando também o conceito jurídico da pessoa natural, os direitos de proteção do feto e as várias teorias em relação ao aborto.

A situação jurídica do nascituro constitui-se num tema de grande importância. O ordenamento jurídico brasileiro não é claro o bastante ao comentar este ponto. O fato é que não é possível ignorar as dificuldades que envolvem a situação jurídica deste ente concebido, embora ainda não nascido. No presente trabalho, como foco principal, serão abordados os aspectos essenciais desta questão, tais como: quando a vida tem o seu início? A partir de que momento a personalidade civil do nascituro pode ser reconhecida?

Para tanto, principia-se além dos apontamentos teóricos do nascituro, o nascituro e o início de sua personalidade jurídica, os direitos de personalidade do nascituro e as doutrinas e legislações que regem o assunto.

Diante da divergência sobre a condição do nascituro, sobre o seu status jurídico, impõem-se como necessárias a elaboração de claras e precisas considerações sobre sua situação jurídica. O primeiro ponto que tem que ser observado e comentado diz respeito

ao momento exato no qual começa a vida. Essa discussão é fundamental, pois a partir dela que será possível discutir direitos que alcancem o nascituro e sua consequente inserção no sistema jurídico atual.

No capítulo 2, tratando-se de conceito jurídico civil da pessoa é apresentando o que o Código Civil disserta acerca do referido conceito, em conjunto com as leis e doutrinas que comentam e defendem o direito e proteção do feto especificando o momento da formação do direito.

No terceiro capítulo tem-se uma reflexão geral sobre o aborto, incluindo as possibilidades de aborto no Brasil, o aborto do feto e o aborto antes do desenvolvimento do feto.

Como metodologia de trabalho serão tomadas como base as pesquisas em livros jurídicos, artigos de periódicos especializados e em toda a legislação que envolva a temática, jurisprudência, dicionários, códigos, entre outros.

Aponta-se aqui a base teórica geral que norteará o trabalho, levando em conta que a fundamentação teórica atribui de forma essencial, dando credibilidade ao trabalho e situando a evolução do assunto, dando sustentação ao tema que está sendo apreciado no decorrer do trabalho.

O trabalho se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre as teorias da personalidade civil, apresentando também os meus apontamentos e pensamentos pessoais na qualidade de escritor do presente trabalho.

2 APONTAMENTOS TEÓRICOS

Existem várias discussões atualmente a respeito do momento em que a vida se inicia, essa discussão engloba

todos os meios científico-filosófico e até mesmo religioso das sociedades em geral de todos os tempos. Cada doutrinador ou legislador busca esclarecer, segundo pensamentos e entendimentos próprios, qual é o momento específico que um ser humano seria concebido e assim começaria a ter seus direitos próprios.

Os mais diversos ramos da ciência dissertam há tempos sobre esta temática, havendo conclusões das mais diversas. Paralelamente, conforme será observado no decorrer deste trabalho, o momento do início da vida é essencial à ciência jurídica, uma vez que dele depende a exata verificação da existência de um sujeito, da atribuição de personalidade jurídica e capacidade para ser sujeito de direitos, merecendo proteção.

Segundo Dalton Luiz de Paula Ramos, a “biografia do indivíduo” se configura por meio do conjunto de suas evoluções, encadeadas sob um processo. Afirma que:

Já o embrião, se a ele for oferecido condições de proteção, acolhida e alimentação, ele vai se desenvolver de acordo com um processo, fazendo surgir a vida humana como processo contínuo (com um ponto de início e um ponto de fim), coordenado (autosuficiente, possuidor de instruções para que a vida prossiga) e progressivo (em condições ideais, sempre passará para um estágio seguinte, sem regressos) (RAMOS, 2017, p. 132)

No entendimento da bióloga Lílían Piñero Eça, a mesma conclui que:

[...] entre duas e três horas após a fecundação, estabelece-se comunicações entre o zigoto e o corpo da mãe através de neurotransmissores (ao menos uma centena é emitida pelo embrião) [...] (EÇA, 2007, p. 5)

Esses foram alguns entendimentos de alguns estudiosos sobre o assunto que será abordado e comentado no decorrer do trabalho. A personalidade jurídica do nascituro e o momento exato onde o nascido começa a possuir direitos é extremamente contorvérsio no ramo direito, até mesmo nos próprios Códigos e leis.

Essa divergência entre o Código Civil e algumas leis posteriores a ele se dá pelo fato do Código pré-estabelecer que o direito do nascituro só começa com o nascimento do mesmo com vida, pois não existe dar a um ser direitos e personalidade jurídica somente com a possibilidade do nascimento ocorrer tudo bem. Entretanto, as leis posteriores ao código admitem que desde a concepção um feto tem os seus direitos e assim a personalidade jurídica também.

Os direitos do nascituro é um campo de intensa batalha legislativa no Brasil. Embora o ordenamento jurídico brasileiro tenha permanecido praticamente sem mudanças nos últimos tempos, diversas propostas de lei tramitam no Congresso Nacional.

As de viés mais progressista tentem consolidar a teoria nalista que conferem ao nascituro apenas uma expectativa de direito, de modo que os direitos da pessoa nascida prevaleceriam aos daquele. Já os conservadores, possuem outro pensamento, de que o nascituro somente passava a conferir todos os direitos previstos no ordenamento jurídico pátrio depois de nascido com vida.

Entretanto, para que as leis sejam acolhidas pelo Direito brasileiro, não basta apenas sua aprovação nas casas legislativas, para sustir efeito, elas devem estar em consonância com os princípios e com a Constituição Federal.

Dessa forma, é de extrema importância analisar o início da personalidade civil do ser humano, pois apenas analisando o momento certo em que o mesmo se torna sujeito de direitos e deveres e ganha a proteção do

ordenamento jurídico é que será possível entender com mais clareza a discussão acerca dos direitos do nascituro.

O conceito de nascituro está bem claro na doutrina e pode ser entendido como *aquele que, estando concebido, ainda não nasceu*, conforme conceitua Maria Helena Diniz (1998, p. 334).

Sendo assim, pode-se reconhecer que para que o ser humano seja detentor de direitos e obrigações, a personalidade civil é requisito obrigatório, sendo necessário fixar o marco inicial em que o homem passa a existir juridicamente.

2.1 O nascituro e o início da personalidade jurídica

O início da personalidade jurídica do nascituro está previsto no Código Civil de 2001, no Livro I, parte geral e começa através do nascimento com vida do nascido, adquirindo automaticamente direitos e deveres, podendo quando maior exerce-los dentro da sociedade em que decidir viver, até o momento de sua morte.

O artigo 2º do Código Civil de 2002 dispõe que:

A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (BRASIL, 2002, p. 133).

Como é possível observar a segunda parte desse artigo diz que os direitos do nascituro não começam quando o bebe nasce e sim no momento em que foi concebido no ventre da mãe.

O ato do nascimento garante ao bebê o começo de sua personalidade civil, passando para o mesmo todos os direitos e deveres que lhe são assegurados. O nascimento acontece quando o bebê é separado do ventre de sua mãe,

sem precisar contar se o cordão umbilical foi cortado ou não. Para que o nascituro tenha direito a sua personalidade precisa apenas que tenha concluído dois requisitos indispensáveis: o nascimento e a vida.

Pelas leis brasileiras, portanto, não há personalidade antes do nascimento com vida. Mas, em casos específicos existem leis que protegem os interesses do nascituro. Casos estes que existem para reconhecer a existência de um direito para o ente concebido, que abrange o *infans iam conceptus nondum natus* (PEREIRA, 1996).

Existe também em nossas leis o chamado natimorto, natimorto é aquele que nasce sem vida, ou seja, ele não possui os requisitos que o Código Civil estabelece para que o mesmo tenha personalidade. Dessa forma, Orlando Gomes explica em um de suas obras:

A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, não basta o nascimento. É preciso que o concebido nasça vivo. O *Natimorto* não adquire personalidade. Entende-se que alguém nasceu com vida quando respirou. Se viveu ou não é questão que só se resolve mediante perícia médico-legal. (GOMES, 2000, p. 144).

Para que seja verificado que o nascido realmente respirou ou não quando do nascimento, é realizado em regra um exame médico-legal, conhecido como “docimasia hidrostática de Galeno, que acontece quando é extraído os pulmões do ser humano que acabou de nascer, mas sem vida, colocando os pulmões dentro de uma vasilha com água, afundando os órgãos. Se caso o

pulmão afundar é porque não existiu ar, significando que o nascido não chegou a respirar fora do ventre da mãe, então é considerado natimorto e não adquiriu personalidade. Mas, se os pulmões não tiverem afundado e tiver flutuado é porque o nascido saiu do ventre da mãe com vida, chegando a respirar fora do mesmo, sendo considerando então nascituro e adquirindo personalidade.

No momento em que é constatado que o nascido respirou e essa respiração foi detectada pelo aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, o recém-nascido, adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direito, mesmo que venha a falecer minutos depois (Stolze e Pamplona Filho, 2015).

Nos dizeres de Pereira (1996, p. 83): *Desde que vive e enquanto vive, o homem é dotado de personalidade.*

Por isso, tem-se o entendimento que uma vez que a personalidade jurídica foi adquirida, a mesma só acabará com a morte do sujeito, conforme artigo 6º do Código Civil de 2002.

Art. 6º. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva (BRASIL, 2002, p. 133).

Além da personalidade jurídica real, verdadeira e autêntica que foi mencionada acima, a lei brasileira também admite outras maneiras de personalidade, sendo elas: a fictícia, artificial e a presumida.

Os direitos do nascituro são pré estabelecidos pela personalidade fictícia, pois existe apenas a expectativa de vida em si. Estas ficções atribuem personalidade porque

reconhecem, nos beneficiados, a aptidão para ter direitos, mas é logicamente absurdo admitir a condição de pessoa natural em quem ainda não nasceu ou já morreu. (Gomes, 2000, p. 56).

Dessa maneira, Fábio Ulhoa (2001, p. 235) disserta sobre a diferença dos sujeitos personificados e os despersonificados. O mesmo diz que o nascituro é considerado um sujeito despersonificado, uma vez que ele só pode praticar atos que a lei o autorize, exemplo disso, ele só poderá receber uma doação se caso seu representante legal aceite. Mas, no momento em que sai do ventre materno, ele passa a ser um sujeito personificado, passando a obter a personalidade jurídica.

Os sujeitos humanos são os homens e mulheres. Estes sujeitos surgem, para o direito, desde o momento em que um embrião do mamífero primata *Homo sapiens* se encontra alojado no útero de uma fêmea da espécie e inicia seu processo de formação de um animal biologicamente independente. Enquanto alojado no útero da mãe, o sujeito de direito é chamado de *nascituro* e não tem personalidade jurídica. É um sujeito despersonalizado. Só pode praticar os atos para os quais haja expressa previsão legal, como, por exemplo, receber bens em doação (CC, art. 542). Seu estatuto jurídico altera-se substancialmente quando, decorridos cerca de nove meses, o processo de formação de um

animal biologicamente independente expulsa o ser humano do aconchego do útero materno. Se, nesse momento, nascer com vida (respirar), o sujeito adquire *personalidade jurídica*, isto é, torna-se uma *pessoa* para o direito (COELHO, 2012, p. 331).

Por fim, pode-se verificar que a personalidade jurídica do nascituro é um assunto bastante polemico e discutido, pois existem vários entendimentos de quando é o momento certo que o nascido adquire a personalidade jurídica.

2.2 Doutrina e legislação

Desde os tempos antigos os juristas e legisladores dão uma ênfase maior à condição jurídica do nascituro, especialmente quanto à sua personalidade jurídica e os efeitos desta sobre a aquisição, a titularidade e a tutela judicial de seus direitos e interesses.

Durante toda a história da humanidade, foram sendo criadas várias correntes de juristas que contribuíram de forma grandiosa para o tema abordado, analisando sempre a personalidade do nascituro e voltando a questão central do assunto, a personalidade jurídica do nascituro começa desde a concepção ou se inicia no momento do nascimento.

Conforme mencionado acima, as ideias de personalidade jurídica e capacidade de direito influenciam de forma direta o “ser sujeito” de interesses juridicamente tuteláveis. Portanto, nesse sentido, busca-se esclarecer a base teórica da sua tutela prevista nos textos legais, em especial no Código Civil Brasileiro, que

a primeiro momento tem uma interpretação contraditória ao admitir que o nascituro tenha direitos.

No direito brasileiro, desde o advento do Diploma do Casamento Civil (Decreto nº 181 de 1890, de autoria de Coelho Rodrigues), admite-se como a personalidade jurídica o ato do nascimento, deixando de lado o entendimento de que a personalidade jurídica dava início desde a concepção.

Logo depois, Coelho Rodrigues apresentou ao governo um projeto de que além da personalidade jurídica do nascido se iniciar com o nascimento, tinha como exigência o nascimento com vida e forma humana para que se considerasse o ser como pessoa.

De outro modo, Clóvis Beviláqua (2008, p. 189) apresentou um projeto que sofreu alterações da turma colegiada. Em sua primeira versão, ele estabelecia que “A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida” (artigo 3º). Nesse entendimento, o nascituro, enquanto pessoa é sujeito de direitos.

Mas, na versão alterada do projeto, que diz em seu artigo 4º que “A personalidade civil do ser humano começa do nascimento com vida; mas, desde a concepção a lei garante os direitos eventuais do nascituro”. Com essa nova versão, é nítida a percepção de que a atribuição do caráter de eventualidade, ou condicionalidade aos direitos atribuídos ao nascituro, não esclarecido até que ponto é possível que alguém sem personalidade possua direitos.

Portanto, uma conclusão que se pode ter a respeito da interpretação sistemática dos dois projetos é que em ambos os projetos, foi adotada a teoria concepcionista, pois foi previsto a titularidade de direitos do nascido.

Insta salientar que o Código Civil de 1916 (já revogado) foi um marco da personalidade jurídica do homem o nascimento com vida, ressaltando os casos em

que a lei assegura os direitos do nascituro desde a concepção.

É também muito importante ressaltar que o Código Penal Brasileiro, assegura os direitos e interesses por meio da tipificação do aborto, crime praticado contra o nascituro, configurado pela “interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intrauterina”.

Vejamos alguns artigos que demonstrem as explicações acima:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos. Aborto provocado por terceiro. Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos. Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Forma qualificada. Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são

aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. No âmbito do direito internacional, merece destaque a disciplina do Pacto de São José da Costa Rica (1969) – ao qual aderiu o Brasil por meio do Decreto n°. 678/1992 – o qual, expressamente, prevê a proteção à pessoa¹⁰² desde o momento de sua concepção: Art. 4°. Direito à Vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente (BRASIL. Código Penal, 2018, p. 445-446)

A parte doutrinária e jurisprudencial atribuem ao nascituro uma capacidade para figurar como parte ativa ou passiva no processado, representado pela mãe, pai ou por um curador, os quais permanecerão na posse de seu direito, conforme previsto no Código de Processo Civil.

Neste sentido, pronunciou-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE. NASCITURO.
CAPACIDADE PARA

SER PARTE. Ao nascituro assiste, no plano do direito processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor a ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, ate então apenas uma expectativa resguardada. Ação personalíssima, a investigatória somente pode ser proposta pelo próprio investante, representado ou assistido, se for o caso; mas, uma vez iniciada, falecendo o autor, seus sucessores têm direito de, habilitando- se, prosseguir na demanda. inaplicabilidade da regra do art 1621 do Código Civil”. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL – Apelação Cível n° 583052204. 1ª Câmara Cível. Rel.: Des. Athos Gusmão Carneiro. Julg.: 24/04/1984).

Ademais, a própria Constituição Federal, estabele vários direitos e garantias ao nascituro, dentre os quais, a igualdade de todos perante a lei, a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade (art. 5°,caput), entre outros.

Por fim, merece destaque a Convenção sobre os direitos da Criança de 1.989, ratificada pelo Brasil em 1990 (Decreto n° 99.710/1990), onde é possível incluir a

figura do nascituro, que dispõe acerca da necessária proteção pré-natal.

2.3 O nascituro e os direitos de personalidade

Conforme o entendimento de Pietro Perlingieri (2012, p.155-156) a personalidade em si não é um direito, mas um valor que sustenta uma série de outras situações, dentre as quais os direitos subjetivos, tais como os direitos de personalidade.

Os direitos de personalidade muita das vezes se configuram como direitos subjetivos que tem como característica os atributos existenciais da pessoa humana, além de bens e valores a ela fundamentais, em vários aspectos a ela denominados, como os físicos, morais e intelectuais da própria vida, o corpo, a mente, o nome, a honra, a imagem, a fama, o ego, a beleza, entre outros. Sua tutela normativa é difusa, eis que os valores fundamentais à dignidade humana estão previstos na Constituição e em várias legislações infraconstitucionais.

Os direitos de personalidades têm como características preponderantes a sua condição de essenciais, inatos e permanentes, ou seja, são inerentes e indivisíveis de cada titular (por isso os direitos de personalidade são considerados personalíssimos), uma vez que diz respeito apenas a própria personalidade, o que o torna também intrasmissível e extinguíveis apenas pela morte do titular. São também absolutos, indisponíveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais.

Francisco Amaral sustenta que são sujeitos titulares dos direitos da personalidade:

[...] todos os seres humanos no ciclo vital de sua existência, isto é, desde a concepção, seja esta natural ou assistida (fertilização in vitro ou intratubária), como

decorrência da garantia constitucional do direito à vida, donde se extrai a inequívoca conclusão de que, uma vez dotado de personalidade jurídica (como suporte à titularidade de direitos, ao menos extrapatrimoniais) desde a concepção, o nascituro é titular de direitos da personalidade (AMARAL, 2015, p. 253).

Em relação à extensão desta titularidade, Silmara Chinelato e Almeida aponta que todos os direitos da personalidade – não apenas a vida e integridade física, mas, igualmente, a honra e a imagem – são compatíveis com a condição do nascituro. Em relação à já debatida distinção com os direitos patrimoniais condicionados ao nascimento com vida, acrescenta a autora:

Se é certo que os direitos patrimoniais materiais dependem do nascimento com vida para a plenitude de sua eficácia, notadamente quanto à transmissibilidade, os direitos da personalidade, incondicionais, como é o direito à vida, direito essencial e primeiro, não dependem daquela condição (Chinelato e Almeida, 2012, p. 304).

Conforme bem conclui Roberto Senise Lisboa:

Os direitos do nascituro são resguardados pelo novo Código

desde a sua concepção, tanto os patrimoniais como os extrapatrimoniais. Logicamente não se pode outorgar desde logo o conjunto de direitos patrimoniais ao nascituro. É necessário esperar o seu nascimento com vida. O nascituro não é titular de direitos patrimoniais, pois, embora seja um ser humano em formação, não possui vida biológica independente da sua progenitora. Não há como negar, todavia, a possibilidade de contemplação de direitos patrimoniais em favor do nascituro, condicionando-se a transferência deles em seu favor, com o nascimento com vida. Enquanto isso não vem a suceder, o nascituro nada possui economicamente além de expectativa de direitos patrimoniais (LISBOA, Roberto Senise, 2010, p. 294-295)

Ferreira descreve o nascituro da seguinte maneira:

Que há de nascer; Aquele que há de nascer; O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como evento futuro e certo (FERREIRA, 2010, p.1453).

Conforme assegura o art. 2º do Código Civil, o bebê a partir de sua concepção tem direito à vida, a integridade física, a alimentos, ao nome, a imagem. Assim, não seria mais correta a afirmação de que o

nascituro tem apenas expectativa de direitos. Já a personalidade jurídica material, relacionada com os direitos patrimoniais, esta sim o nascituro somente adquire com vida.

Existem três teorias acerca do início da pessoa natural vigentes no Brasil, a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista.

A primeira teoria, chamada de Teoria Natalista, está fundamentada pelo artigo 4º do Código Civil de 1916, nos dizeres de Stolze e Pamplona Filho:

[...] segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida, é razoável o entendimento no sentido de que, não sendo pessoa, o nascituro possui mera expectativa de direito (STOLZE E PAMPLONA FILHO, 2015, p. 39)

A lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916 em seu artigo 4º disserta que:

A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”(BRASIL, 1916).

Sílvio Rodrigues acrescenta sobre o nascituro:

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento

jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus. (RODRIGUES, 2007 p. 36).

De acordo com Pereira (2007, p.153):

O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito (PEREIRA, 2007, p.153).

Assim, a teoria nalista baseia-se na interpretação de forma simples da lei, que traz a ideia de que a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida, não existindo quaisquer expectativas de direitos antes dele, esse entendimento perdurou como entendimento majoritário por muito tempo. Os doutrinadores que seguem essa linha de raciocínio não conferem personalidade jurídica ao nascituro, garantindo esse direito somente com o nascimento com vida.

Existe também a teoria da personalidade condicional, que para muitos é considerada apenas uma extensão da teoria nalista, a teoria da personalidade sustenta a ideia de que a personalidade jurídica do

nascituro começa apenas com o nascimento. O nascimento para a teoria da Personalidade Condicional consolida os direitos que estavam suspensos enquanto o nascituro estava dentro do ventre.

Na obra “Personalidade Jurídica do Nascituro” é citado o doutrinador Miguel Maria de Serpa Lopes, sobre a Personalidade Condicional.

De fato, a aquisição de tais direitos, segundo o nosso Código Civil, fica subordinado a condição de que o feto venha a ter existência; se tal se sucede, dá-se a aquisição; mas, ao contrário, se não houver o nascimento com vida, ou por ter ocorrido um aborto ou por ter o feto nascido morto, não há uma perda ou transmissão de direitos, como deverá se suceder; se ao nascituro fosse reconhecida uma ficta personalidade. Em casos tais, não se dá a aquisição de direitos. (PUSSI, 2008, p. 94).

O nascituro possui direitos suspensos, consolidando-os com o seu nascimento com vida, caso o feto não chegue a viver fora do ventre materno, a personalidade condicional é extinta. De fato, esta vertente não defende o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro, defendendo apenas uma personalidade condicional.

Quando o pai falece, estando a mulher grávida e não tendo o poder familiar, nomeia-se curador ao nascituro (art. 1779 do CC)

para defender os seus interesses divergentes dos da sua mãe. A proteção do nascituro explica-se pois há nele uma personalidade condicional que surge na plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar a viver (WALD, 2011, p. 170).

Pussi relata que:

A teoria da personalidade condicional é a que mais se aproxima da verdade, mas traz o inconveniente de levar a crer que a personalidade só existirá depois de cumprida a condição do nascimento, o que não representaria a verdade visto que a personalidade já existiria no momento da concepção (PUSSI, 2008, p.87).

Conforme os defensores dessa teoria, o nascituro possui uma personalidade condicional, pois eles se submetem a sua eficácia a uma hipótese futura e incerta, é a partir da teoria da personalidade condicional que o Código Civil prevê um curador para o nascituro, em seu artigo 1.779, uma vez que o mesmo possui uma expectativa de vida.

Por fim, tem a Teoria Conceptionista, essa teoria vem com uma concepção bem diferente das outras, ela diz que o nascituro é pessoa humana e possui direitos de personalidade desde a sua concepção, ou seja, com a

concepção no ventre da mulher ou fora, é reconhecida a personalidade do nascituro.

A jurista Maria Helena Diniz e seguidora da Teoria Conceptionista em uma de suas obras destaca:

Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. (DINIZ, 2010, p.334).

Segundo Pamplona Filho e Araújo:

A doutrina conceptionista tem como base o fato de que, ao se proteger legalmente os direitos do nascituro, o ordenamento já o considera pessoa, na medida em que, segundo a sistematização do direito privado, somente pessoas são consideradas sujeitos de direito, e, consequentemente, possuem personalidade jurídica. Dessa forma, não há que se falar em expectativa de direitos para o nascituro, pois estes não estão condicionados ao nascimento com vida, existem

independentemente dele
(PAMPLONA FILHO E
ARAÚJO, 2007, p. 37).

Seguindo o mesmo raciocínio, afirma que:

Uma vez tendo o Código Civil atribuído direitos aos nascituros, estes são, inegavelmente, considerados seres humanos, e possuem personalidade civil. Ademais, entende que seus direitos à vida, à dignidade, à integridade física, à saúde, ao nascimento, entre outros, são muito mais decorrência dos direitos humanos garantidos pela Constituição Federal do que da determinação do Código Civil (DINIZ, 2010, p. 36-37).

Para essa teoria o início da vida se dá no momento em que o espermatozoide fertiliza o óvulo, ou seja, a personalidade jurídica começa no momento da fecundação.

Essa teoria, diferentemente das outras, o nascituro é considerado pessoa e não apenas uma expectativa de vida. Mesmo ainda não sendo acolhida pelo Código Civil Brasileiro, a Teoria Concepcionista é defendida por muitos doutrinadores e é aplicada em diversas decisões dos tribunais brasileiros.

3 CONCEITO JURÍDICO CIVIL DA PESSOA NATURAL

Inicialmente, em relação ao conceito jurídico civil da pessoa natural, prescrevia o art. 2º do Código Civil de 1916: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. A expressão *todo homem* é empregada de forma genérica, abrangendo todos os tipos de pessoas, homem, mulher, negro, branco, índio, idosos, crianças, entre outros. Portanto, a tutela jurídica era oferecida a todos.

Com a alteração do Código Civil, houve uma substituição do referido trecho, onde estava escrito a palavra “homem” passou-se a ler “ser humano”. Mais tarde, ainda houve nova alteração, onde se lia “ser humano” passou a ler “toda pessoa”. Essa adequação da lei aconteceu com o intuito de adequar a redação à nova ordem constitucional, de modo a não ter eventuais dúvidas de interpretação. Trocou-se também a palavra “obrigações” por “deveres”, considerando ser mais apropriada e mais ampla. Desse modo, em sua redação final, dispõe o artigo 1º do Código Civil de 2002: *Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.*

Pessoa natural, nos dizeres de Maria Helena Diniz, (2008, p. 137): “é o ser humano considerado como sujeito de direitos e obrigações”.

Para qualquer pessoa ser assim designada, basta nascer com vida e, desse modo, adquirir personalidade.

Pode-se entender que pessoa natural é o próprio ser humano dotado de capacidade, personalidade jurídica e direitos.

Importante ressaltar pessoa natural pode ser substituída por pessoa física, como ocorre na legislação aplicável ao imposto de renda, onde a pessoa, mesmo natural, é chamada de contribuinte.

Nesse sentido, pode-se afirmar que pessoa natural é o ser humano capaz de direitos e obrigações na esfera civil. Todo ser humano recebe a denominação de pessoa natural ou física, para ser caracterizada como sujeito do direito, que será portador de direitos e deveres no ordenamento jurídico.

A personalidade jurídica da pessoa natural é, em si mesma, a possibilidade reconhecida pelo ordenamento, que o sujeito do direito tem de ser titular de direitos e obrigações.

Seguindo essa ideologia, pode-se perceber que a personalidade da pessoa natural tem o início com o nascimento com vida do bebê, resguardando os direitos do nascituro.

Assim, de acordo com as leis brasileiras, reconhece-se a capacidade atribuindo a personalidade, que consiste na aptidão genérica para adquirir direitos e deveres na esfera civil.

Por fim, entende-se pelo conceito civil da pessoa natural todo o ser humano que é considerado como sujeito de direitos e obrigações, assim, baste nascer com vida e, desse modo, adquirir personalidade.

Não esquecendo que como nascerá com vida, a lei também resguarda desde a concepção os direitos do nascituro, lhe dando também a personalidade jurídica. A lei lhes assegura direitos a vida, assistência pré-natal, cuidados em casos de incapacidade dos pais, de receber herança, doação, entre outros.

3.1 Direito e proteção do feto

Atualmente, é mais fácil uma melhor compreensão e proteção dos direitos humanos, inclusive desde seu início, na vida intra-uterina, já que o aumento do conhecimento das pessoas de modo geral aumentou de modo generoso em relação a esse assunto,

viabilizando assim que a população pudesse visualizar, avaliar e dar opiniões durante esse tempo da vida humana.

Insta salientar que em consequência da evolução cultural, houve uma valorização que antes não existia da relação mãe-filho, desde o início da gestação.

Em conjunto com a evolução da medicina e da sociedade, houve também uma evolução no ordenamento jurídico brasileiro, pois hoje é reconhecido os direitos de uma criança desde o período embrionário e fetal. Essa evolução de pensamentos humanos, dando a um feto direitos e personalidade, aparentemente está resultando positivamente para a melhora da vida humana de agressões lesivas da sua própria humanidade.

Como mencionado acima, com a evolução da medicina e o conhecimento antecipado da situação do feto, se ele é saudável ou não, se vai sofrer de doenças graves ou que possa vir a nascer prematuro ou não, permite aos pesquisados do assunto um possível tratamento do feto e de sua genitora ou até mesmo uma cura para o problema.

Dessa mesma forma, também permitirá que seja descoberto se o feto possui uma deficiência definitiva e sem cura, que poderá provocar sentimentos de angústia nos pais e até mesmo um pensamento de aborto.

Mas, apesar de um feto que tiver sido diagnosticado com problemas ele ainda sim tem direito à vida e mais muitos doutrinadores afirmam que ele já possui personalidade jurídica. Importante comentar que o feto tem metabolismo orgânico, batimentos cardíacos e a partir da décima sexta e vigésima semana de gestação, o mesmo já se movimenta com *animus* próprio.

Algumas leis brasileiras asseguram que os direitos e a personalidade jurídica do feto se iniciam desde a concepção. Nesse sentido, Maria Helena Diniz entende que a personalidade jurídica e os direitos de personalidade, como o direito à vida, à integridade física

e a saúde se iniciam com a fecundação, independente do nascimento com vida.

O mesmo é defendido por Nélson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Mesmo não havendo nascido com vida, ou seja, não tendo adquirido personalidade jurídica, o natimorto tem humanidade e por isso recebe proteção jurídica do sistema de direito privado, pois a proteção da norma ora comentada a esse se estende, relativamente aos direitos de personalidade (nome, imagem, sepultura, etc) (BRASIL, 2003, p. 1790).

Existem autores que defendam o contrário, afirmando que o feto só passaria a ter direitos e personalidade jurídica a partir do nascimento com vida, pois conforme o entendimento deles trata-se de uma situação que somente de aproxima da personalidade e esta é apenas uma expectativa de vida, não podendo dar direitos a hipotéticas expectativas.

3.2 Momento da formação do Direito

O art. 2º do novo Código Civil reproduziu o art. 4º do antigo Código: *"A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro"*.

O nascimento só ocorre quando o nascituro é retirado de dentro do ventre de sua mãe e respira pela

primeira vez, se o nascituro der a primeira respirada, ele viveu.

Para Goffredo Telles Jr:

Os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta (TELLES JÚNIOR, 2008, p.118).

A personalidade deriva, portanto da pessoa, razão pela qual Maria Helena

Diniz:

[...] primeiramente, imprescindível se torna verificar qual é a acepção jurídica do termo "pessoa" e ela mesma esclarece chamando a doutrina de Diego Espín Cánovas: "para a doutrina tradicional "pessoa" é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de

uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial (DINIZ, 2002, p.130).

Três teorias procuram explicar e justificar a situação jurídica do nascituro, são elas teoria Natalista, teoria da personalidade condicional e teoria concepcionista, teorias estas que serão explicadas adiante.

No sistema brasileiro, a personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, desde o momento em que o nascituro completou o nascimento e adquiriu vida autônoma, capaz de respirar independentemente de sua genitora, entretanto, como já mencionado, a lei assegura direitos ao feto desde a concepção.

Por fim, pode-se inferir a relevância em decidir quando tem início a personalidade civil da pessoa humana, com base nos direitos que são conferidos ao nascituro no contexto legal nacional, pois apesar do Código Civil estabelecer um entendimento, leis posteriores admitem outro.

4 A (IM)POSSIBILIDADE DE ABORTO

A possibilidade de aborto é atualmente um dos temas mais debatidos da nossa sociedade. As pessoas sabem seu significado, mas nem todas aceitam, por isso o motivo da controvérsia sobre o assunto, gerando conflitos pessoais, religiosos, morais, coletivos, jurídicos, dentre outros.

Para começar a falar sobre o referido tema, nada melhor do que apresentar a definição da palavra aborto, de uma maneira clara e objetiva.

Aborto. Do latim *abortu*. Ato ou efeito de abortar; parto prematuro; produto desse parto; produção imperfeita; anomalia; coisa monstruosa; malogro, fracasso (FERNANDES, 1993, p. 87).

Segundo Aurélio:

Aborto 1. Médico: Ação ou efeito de abortar, abortamento, mau sucesso. 2. Jurídico. Interrupção dolosa da gravidez com expulsão do feto ou sem ela (AURÉLIO, 1989, p. 03).

Existem correntes que diferenciam o termo aborto do termo abortamento. Entretanto, outras não fazem essa distinção. Registra-se os seguintes posicionamentos:

Para Fernandes:

Abortar. Médico: Dar à luz antes do término da gestação; não ter êxito; produzir antes do tempo”. Para esse mesmo autor abortamento tem o seguinte significado: “Abortamento. Ato de abortar; aborto (FERNANDES, 1993, p. 87).

Acquaviva assim se posiciona:

Abortamento: Do latim *abortu*, *abortare*: *ab* = privação + *ortus* = nascimento, vale dizer, impedir o nascimento. É a interrupção do processo da gestação, resultando na morte do feto. Não se deve confundir abortamento e aborto, pois este é, simplesmente, o feto expulso do ventre materno. Sendo que para a caracterização do delito de abortamento é preciso haver comprovação de gravidez preexistente (ACQUAVIVA, 1999, p. 19).

Segundo Jesus:

[...] abortamento é o ato pelo qual a mulher ou terceiro expulsa, sob forma prematura, e às vezes de forma violenta, o produto da concepção. Aborto é quando o feto é simplesmente expulso do ventre materno de forma natural (JESUS, 2003, p. 119).

Em relação à expulsão do feto, percebe-se através da análise dos conceitos doutrinários sobre o aborto, que existem divergências, pois Mirabete esclarece em seu conceito que aborto não implica necessariamente na expulsão do feto.

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte

do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. (MIRABETE, 2003, p. 93).

Já Belo, coloca que a expulsão do feto do interior uterino é consequência da interrupção do processo de gravidez. Como mostra em seu conceito abaixo:

Entende-se por aborto o ato de interromper o processo de uma gravidez com a consequente expulsão do feto do interior uterino. Etimologicamente, aborto quer dizer privação do nascimento. Advém do latim *abortus*, onde *ab* significa privação e *ortus*, nascimento (BELO, 1999, p. 19).

Insta salientar que é de grande importância a definição médica da caracterização do conceito jurídico de aborto:

Os obstetras chamam de aborto ao produto eliminado pelo trabalho de abortamento. Para eles, há aborto quando a interrupção da gravidez se dá antes da viabilidade fetal, o que ocorre ao fim da 28ª semana. Perante a lei, aborto é a interrupção dolosa da gravidez, à qual se segue a morte do conceito¹, independentemente da

duração da gestação. Enquanto a obstetrícia preocupa-se com capacidade de sobrevivência do novo ser fora do útero, a legislação volta-se para a causa jurídica, não importando a época em que se realiza a intervenção. Já o obstetra tem o interesse voltado para o aborto espontâneo, no sentido de estudar suas causas para poder evita-lo (GOMES, 1997, p. 608).

Vejamos também alguns artigos que comentam sobre os tipos de aborto:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos. Aborto provocado por terceiro. Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos. Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Forma qualificada.

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. No âmbito do direito internacional, merece destaque a disciplina do Pacto de São José da Costa Rica (1969) – ao qual aderiu o Brasil por meio do Decreto nº. 678/1992 – o qual, expressamente, prevê a proteção à pessoa¹⁰² desde o momento de sua concepção: Art. 4º. Direito à Vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário. I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro. II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL. Código Penal, 2018, p. 445- 446)

Por fim, denota-se que a prática de aborto no Brasil em regra é proibida, somente em casos específicos e pré-estabelecidos em lei que o aborto é legalizado.

Além da lei já autorizar o aborto decorrente de estupro e quando a gravidez estiver colocando em risco a vida da genitora, alguns julgamentos do STF e de outros tribunais superiores admitem a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

4.1 Aborto do feto

Como já abordado no presente trabalho, o aborto é um assunto bastante polêmico no ordenamento jurídico brasileiro, pois envolvem questões morais, religiosas, políticas, entre outras.

Hoje em dia o aborto já é liberado em alguns casos pré-estabelecidos em lei, visado o bem estar da genitora.

O caso de aborto que mais se destaca no Brasil é o aborto de fetos anencéfalos. Estudos feitos revelaram quem 2012, o Brasil era o quarto país que tinha o maior número de nascimento de bebês anencéfalos. Nesse mesmo ano, foi aprovada uma ação que permitia o aborto nesse caso específico.

Essa ação somente foi aprovada porque a anomalia de um feto anencéfalo é caracterizada pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana, e é incompatível com a vida, os recém-nascidos sobrevivem somente algumas semanas.

Algumas pessoas se atrevem a dizer que o aborto no Brasil é um fato social e uma questão de saúde pública. Ademais, a lei que o criminaliza não impede sua prática total.

Entretanto, como a lei traz o entendimento que o feto tem direitos e personalidade jurídica, o mesmo tem direito à vida.

De acordo com Diniz (2001). *O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade.*

A Constituição Federal de 1988, também garante o direito à vida a todo ser humano, sendo inerente e cabendo a todos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade (BRASIL, 1988, p. 4).

A vida é um bem jurídico que é tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, ele está garantido por norma constitucional em cláusula pétrea (art. 5º).

Para Bittar (1989, p. 65), *a vida deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo.*

Além de ser garantido pelas normas constitucionais, recebe também tutela civil:

Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida: mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (BRASIL, 1916, p. 133)

O início da personalidade tem relevância porque através da personalidade, o homem se torna possuidor de direitos. O código civil estabelece o critério necessário

para se ter início à personalidade, ou seja, é essencial que o nascimento seja com vida, porém, é resguardado os direitos daquele que ainda não nasceu.

O nascituro é um ente já concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo de uma prole eventual. Isso faz pensar na noção do direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade para o que nem ainda foi concebido. É possível ser beneficiado em testamento e ainda não concebido. Por isso, entende-se que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. Sob o *prima* do direito eventual, os direitos do nascituro ficam sob condições suspensivas. (VENOSA, 2003, p. 161).

A posição do nascituro é peculiar, pois este já tem um regime protetivo tanto no ramo do Direito Civil como no Direito Penal. Embora não tenha ainda, todos os requisitos da personalidade. Desse modo, de acordo com a nossa legislação, o nascituro embora não seja considerado como pessoa, mas tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção, e em regra não pode tirar uma vida de quem já possui uma personalidade jurídica e tem seus direitos resguardados pelas leis vigentes no Brasil. Salvo em casos específicos como mencionado acima.

4.2 Aborto antes do desenvolvimento do feto

O aborto é um assunto que gera uma série de problemas no ordenamento brasileiro. Uma dessas discussões seria se o feto enquanto estivesse vivendo na vida intra-uterina seria portador de direitos e personalidade jurídica. Existem os doutrinadores que defendem que essa personalidade jurídica é concebida desde a concepção. Mas, de outro lado, existem os que defendem que uma pessoa só poderá adquirir direitos, deveres e personalidade jurídica depois do nascimento com vida.

Existe também a discussão sobre o aborto de fetos com anomalias inscuráveis, e outra discussão extramente polêmica seria a faculdade da genitora de poder abortar o feto que ainda não estivesse desenvolvido, ou seja, está em discussão uma lei que pode autorizar a mãe ou o pai poder abortar o feto de até três meses, sem que seja considerado crime. Pois, estudos apontam que pelo fato do feto não estar desenvolvido, há evidências que os mesmos não sejam capazes de sentir nada, inclusive dor.

Essa hipótese de que os fetos de até 3 meses não sentem nada, foi levantado por estudos de médicos britânicos do Royal College of Obstetricians and Gynaecologists, na Grã-Betanha, e os mesmos concluíram que os fetos até essa idade estão pouco desenvolvidos e sedados. Ademais, os médicos afirmam que as conexões nervosas no cérebro não se formaram completamente e que o ambiente do útero cria um estado de sono induzido, como um estado de inconsciência.

Essa hipótese levantada pelos médicos da Grã-betanha provocou um debate internacional, pois ao mostrarem que o feto não sente dor, a ideia de legalização do aborto até os 3 meses de gestação ganhou um importante argumento a favor desse ideal.

Conforme atual conceito brasileiro, o aborto só é legalizado em caso de estupro e se a vida da genitora estiver em risco, contando também com autorização judicial. Mas a realidade em que o pai vive é bem diferente, pois mostra que mulheres que não querem ter filhos e descobrem uma gravidez indesejada ou mulheres que não encontram um amparo legal para continuar com a gravidez, conseguem sim realizar o aborto de forma clandestina.

Uma pesquisa feita à pedido da ANIS, uma organização que defende a legalização do aborto, em parceria com a UnB (Universidade de Brasília), revelou que uma em cada sete mulheres brasileiras com idade entre 18 e 39 anos já fez aborto, e mais da metade delas tiveram complicações durante ou depois do procedimento e foram hospitalizadas. Esses dados alarmantes, que envolvem questões de saúde pública, reascenderam o debate no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de vários meses pesquisando sobre a personalidade jurídica do nascituro, quando começa, as teorias que existem sobre o mencionado assunto e sobre o aborto e suas particularidades, posso concluir que existem várias correntes que tentam explicar o início de todas essas teses.

Particularmente, concordo com os doutrinadores que defendem que a personalidade jurídica do feto se inicia desde sua concepção. E que, no momento que houve a fecundação e o foi concebido o feto, ali está um ser que é digno sim de direitos, de respeito e o mais importante, ele é digno e possuidor do direito à vida e por isso não poderá ser abortado.

A personalidade jurídica do nascituro traz a ideia de proteção integral do feto, visto que não será por

qualquer motivo que a genitora poderá interromper essa gravidez. A lei brasileira só permite o aborto em casos que a gravidez seja resultado de um estupro, quando a vida da mãe está em risco ou quando o feto é diagnóstico com doenças sem cura e todas essas exceções da lei só podem ser realizadas com determinação judicial, não podendo a mãe apesar de se encaixar nessas hipóteses, realizar o aborto somente por vontade própria.

Apesar de pesquisas demonstrarem que apesar de o aborto ser um ato proibido e mesmo assim mulheres continuam realizando esse procedimento e por esse motivo deveria o aborto ser legalizado para evitar que as próprias mães percam a vida nas clínicas de aborto clandestinas, visando uma saúde pública melhor, entendo que o aborto não deveria ser liberado, pois muitas genitoras acabariam retirando a vida de seus filhos por motivos fúteis e isso vai contra totalmente os princípios constitucionais que asseguram o direito a vida a todas as pessoas.

Através do histórico sobre o aborto contido nesta pesquisa, existe uma ponte entre a anormalidade fetal, a proposta de legalização do aborto em gestação de até 24 semanas e os dispositivos legais que não permitem a interrupção da gravidez. Apesar de serem assuntos que são falados e discutidos diariamente, eles ainda causam inúmeras discórdias entre as pessoas que são contra o aborto e as pró- aborto.

Observa-se através desta pesquisa, que mesmo o aborto sendo ilegal, não impede que gestantes que descobriram uma gravidez indesejada, realizem esse procedimento de forma clandestina, colocando além da vida do feto, mas a própria vida em risco também.

Partindo dessa realidade, torna-se claro, que legislar sobre o assunto é muito importante e também extremamente necessário. Mas para o meu particular entendimento, é fundamental também, informar e desconstruir preconceitos.

O assunto necessita de amplo conhecimento e de muita discussão com as mais diversas correntes da opinião pública sem o que corremos o risco de termos mais um projeto de lei cuja repercussão poderá não alcançar a desejada diminuição da morbi-mortalidade das mulheres brasileiras, especialmente as mais pobres, em função do abortamento inseguro.

Por ser polêmico e aberto, o aborto mescla-se com facilidade com a fé, o direito e a liberdade individual.

Ter filhos é, sob perspectiva geral, uma questão de afeto e responsabilidade de homens e mulheres. A decisão de tê-los não deve ser uma imposição, mas cuidar de seres que possuem o mesmo direito de vida que todos nós, tem de ser.

Por fim, buscou-se demonstrar através desse estudo, que é possível atribuir ao nascituro plena personalidade jurídica desde a concepção, levando em consideração a teoria concepcionista. Apesar de existir normas legais vigentes com entendimento diverso quanto à proteção do nascituro, pode-se concluir que o simples fato de existir confere ao homem a condição de ser titular de direitos e, a isso, é dado o nome de personalidade. Portanto, não há consistência jurídica na afirmação de que o nascituro somente com o nascimento com vida adquire personalidade jurídica.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, M. C. **Dicionário Acadêmico de Direito.** São Paulo: Ed. Jurídica, 1999.

ALMEIDA, A. **Desafios da nossa época.** Rio de Janeiro: CPAD, 1980.

ALMEIDA, A. M. **Bioética e biodireito.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54.** Brasília, 12 de abril de 2012.

BARROSO, L. R. **A dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** Brasília, 2010.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Projeto de Lei 478/07.** Comissão de seguridade social e família. Disponível: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584&filename=PL+478/2007>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. **Constituição Federal,** Brasília, 1988. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 04 set. 2018.

BRUNO, A. **Direito Penal, parte geral, tomo 3º.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BRASIL. Decreto Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil.**

Disponível:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>
Acesso em 04 set. 2018.

BRASIL. Código civil, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. 1 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>
COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial**. ed.7. São Paulo: Saraiva, 2012. BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Crimes Hediondos**. Disponível:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em 07 out. 2018

DECISÃO DO STF. **Aborto até o terceiro mês não é crime**. 2016. Disponível:
<<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 05 out. 2018.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito civil brasileiro**, volume I: Teoria geral do direito civil, 28 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, M. H. O estado atual do biodireito. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIP, A. **Lei é eficaz para matar mulheres, diz especialistas**: entrevista. 2013. Disponível:
<<https://apublica.org/2013/09/lei-e-eficaz-para-matar-mulheres-diz-pesquisador/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

FERNANDES, P. S. L. **Aborto e Infanticídio**. 1 ed. São Paulo: Sugestões Literárias/a, 1972.

GOMES, O. **Introdução ao direito civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil - Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1998.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LA REPUBBLICA – Bimba di 9 annistuprataabortiscel'arcivescovoscomunica i medici. Disponível
<<http://www.repubblica.it/2009/03/sezioni/esteri/scomunicamedici/scomunica-medici.html>>. Acesso em 20 de out. 2018

LIMA, C. A. S. **Aborto e Anencefalia - Direitos fundamentais em colisão**. Curitiba: Juruá, 2011.

MENEGHIN, L.; SANCHEZ, C. J. P. **Tutela civil dos direitos do nascituro**. Disponível:
<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2161/2300>> Acesso em 06 out. 2018.

NUCCI, G.S. **Manual de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
PRADO, D. **O que é o aborto, abril cultural**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil – Teoria Geral do Direito Civil**, 18 ed, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

PEREIRA, I. G. **Aborto Legal: Implicações éticas e religiosas**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2007.

RUSSO, L. **Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SCHOR, N. ALVARENGA, A. T. **O Aborto: Um Resgate Histórico e Outros Dados**. São Paulo: Rev. Bras. Cresc. Dás. Hum., 1994.

STOLZE, E.; PAMPLONA, R.; GAGLIANO, P. **Novo curso de direito civil – parte geral**. 17 ed. Editora Saraiva, 2015.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**. 4 ed. São Paulo: Método, 2014. Disponível: <<http://www.fkb.br/biblioteca/Arquivos/Direito/Curso%20de%20Direito%20Civil%20-%20Parte%20Geral%20-%20Fabio%20Ulhoa%20Coelho.pdf>>. Acesso em 05 out. 2018.

TARTUCE, F. **Manual de direito civil – volume único**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RECURSO CÍVEL TJ-RS: **Ação de cobrança. Indenização do seguro obrigatório DPVAT**. Nascituro. Morte decorrente de acidente automobilístico. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21345325/recurso-civel-71003041936-rs-tjrs?ref=topic_feed>. Acesso em 05 out. 2018.

REVISTA eletrônica do núcleo de estudos e pesquisas do protestantismo da escola superior de teologia – EST. Disponível: <<http://www.est.edu.br/nepp>> Acesso em 10 de out. 2018.

VERARDO, M. T. **Aborto: Um direito ou um crime?** São Paulo: Moderna, Coleção Polemica, 1987.

PERLINGERI, P. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VENOSA, S. S. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, J. F. **Código Penal Interpretado**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

BELO, W. R. **Aborto: Considerações Jurídicas e Aspectos Correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.

JESUS, D. E. **Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA, A. B. H. **Dicionário Aurélio**. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

*Daiane Sthefane Costa Soares*⁴²

RESUMO

A criminalidade no Brasil é algo que assusta mais a sociedade a cada dia que passa. São vários tipos de crimes, entre eles o roubo, furto, tráfico, entre outros e que o menor de 18 anos participa, e mesmo tendo discernimento do que está fazendo, ainda sai impune penalmente. O presente trabalho visa discutir a redução da maioridade penal para 16 anos, não somente com intuito de reduzir a criminalidade em si, mas sim de punir penalmente o menor infrator que tem consciência dos seus atos, não sendo um jovem inocente, e parando assim de sair impune diante da prática de crimes.

PALAVRAS-CHAVE: código penal. Maioridade. Imputabilidade. Redução. Criminalidade

INTRODUÇÃO

A criminalidade é algo que amedronta a sociedade brasileira, e causa indignação justamente pelo fato de que não há uma segurança para a população, fazendo com a que a mesma se sinta insegura.

Os jovens menores entre 16 e 18 anos tem se envolvido cada vez mais com o crime, muita das vezes

sendo alienado por bandido que já é adulto, justamente por saber que o jovem até que complete a maioridade penal, não recebe sanção penal, sendo então inimputável e respondendo apenas por legislação especial.

Pelo fato de ser inimputável, até o próprio menor infrator se aproveita disso e começa a praticar crimes, seja pra conseguir um dinheiro de forma mais rápida e fácil, ou para sustentar seu vício de drogas, ciente que ele não poderá ser preso.

O que será discutido a diante é a possibilidade da redução da maioridade penal no Brasil para 16 anos, tendo em vista que o menor dos dias atuais tem plena consciência do que faz e suas consequências.

O capítulo “ 2. A maioridade no direito brasileiro”, irá explicar sobre como é considerado o menor no ordenamento do país e sua imputabilidade, o conceito de menor na esfera penal e o que é a culpabilidade, onde o menor entra no rol da causa de exclusão da mesma.

Já o capítulo “ 3. Maioridade no direito comparado”, visa mostrar como é a maioridade no direito europeu e no direito americano. Em um breve resumo será citado como o jovem infrator é tratado em alguns países americanos e europeus. É citado o exemplo também de alguns países que já reduziram ou modificaram a maioridade penal que era vigente e suas consequências, já que alguns deles voltaram a idade penal que era anteriormente, enquanto alguns outros países elevaram a maioridade, outros diminuíram.

O último capítulo “4. Análise da redução da maioridade” traz a problematização discutida no trabalho, e suas possíveis alterações para que possa adotar o critério da redução para 16 anos.

Entre as alterações está a possibilidade de emenda constitucional, o que deveria ser feito em relação aos

⁴² Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

jovens infratores, e como funciona o Estatuto da Criança e Adolescente atualmente.

É feito toda uma análise diante de todo o trabalho para entender então como é visto o jovem infrator, e uma possível redução da maioridade, visando não somente abaixar o índice de criminalidade no geral, mas sim dando uma punição mais severa do que a do Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente para os jovens infratores que cometem crimes hediondos, e saem impunes na esfera penal, já que é somente colocado em estabelecimento especial e ficando no máximo 3 anos internado e não tendo uma sanção penal.

2 A MAIORIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 A maioridade e a imputabilidade

Para começarmos a tratar do tema da redução da maior idade penal, é necessário entender a diferença entre a maioridade e a imputabilidade. A maioridade penal ou criminal não é necessariamente a mesma maioridade civil, nem com as idades mínimas necessárias para votar, trabalhar, casar e emancipar. A menoridade civil cessa leis voltadas a crianças e adolescentes. No Brasil a Constituição Federal de em qualquer um destes casos. A maioridade penal é a idade pelo qual o indivíduo passa a responder pelos seus atos por violar a lei penal, sem diferenças ou garantias de 1988 traz em seu artigo 228 os inimputáveis, ou seja, os menores de 18 anos, que estão sujeitos à normas da legislação especial. Assim dispõe:

“**Art. 228.** São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (BRASIL, 1988, p. 12).

Sobre a imputabilidade penal, Nucci (2009, p.295) explica que é o binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável e consiste em sanidade mental e maturidade. Se o agente não possui aptidão para entender a diferença entre o certo e o errado, não poderá pautar-se por tal compreensão e terminará vez ou outra, praticando um fato típico e antijurídico sem que possa por isso ser censurado, isto é, sem que possa sofrer prejuízo de culpabilidade.

O autor Capez (2005, p.307) diz que “em regra todo agente é imputável, a não ser que ocorra causa excludente de imputabilidade, chamada de causa dirimente”.

Já o inimputável que é o doente mental ou imaturo, sendo o último o caso dos menores de 18 anos de idade, não comete crime, mas pode ser sancionado penalmente, aplicando-lhe medida de segurança. Entende-se que o autor de um fato típico e antijurídico, sem compreensão do que fazia, não pode ser considerado criminoso.

O artigo 26 do Código Penal Brasileiro, assim dispõe sobre os inimputáveis:

“**Art.26.** É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. ” (BRASIL, 2008, p. 7)

Desta forma, Capez (2005, p.308) nos ensina que “desenvolvimento mental ou incompleto é o desenvolvimento que ainda não se concluiu, devido à recente idade cronológica do agente ou à sua falta de convivência em sociedade ocasionando imaturidade mental e emocional. É o caso dos menores de 18 anos

(CP, art.27) e dos silvícolas inadaptados à sociedade, os quais têm condições de chegar ao pleno desenvolvimento com o acúmulo das experiências hauridas no cotidiano”.

2.2 O conceito de menor do ordenamento brasileiro

Atualmente no Código Penal (CP) Brasileiro de 1940, que foi reformado pela Lei 7.209 de 1984, traz no seu artigo 27 a definição da menoridade, considerando inimputável a pessoa menor de 18 anos de idade. Assim dispõe:

“Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) “ (BRASIL, 2008, p. 7).

Porém, nem sempre foi assim. O(CPB) sofreu algumas alterações no decorrer dos anos, modificando então a menoridade. Na história do Brasil houve alteração nesse sentido por 3 Códigos Penais, sendo o primeiro deles o Código Criminal do Império, criado na data de 16 de dezembro de 1830, reconhecido como primeiro Código Penal da América Latina. Em 11 de Outubro de 1890 foi criado o Código Criminal da República e por fim, o mais recente que vigora até os dias atuais, o Código Penal de 1940.

O Código Criminal do Império, 1830, punia de acordo com o discernimento da pessoa ao fato praticado, como ensina Ferraz (2015):

Art. 10. Também não se julgarão criminosos:
1º. Os menores de quatorze anos.

2º os loucos de todo o gênero, salvo se tiverem lúcidos intervallos, e nellescommetterem o crime.

3º Os que commetterem crimes violentados por força, ou por medo irresistíveis.

4º Os que commetterem crimes casualmente no exercício, ou pratica de qualquer acto lícito, feito com a tençãoordinária “ (BRASIL, 1830, p.1)

Porém, caso se demonstrasse seu discernimento, seriam imputáveis e recolhidos a Casas de Correção (art. 13);

Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezaseteanos (BRASIL, 1830, p.1).

Os maiores de 14 e menores de 17 contavam com penas mais brandas (arts. 34 e 35);

Art. 34. A tentativa, á que não estiver imposta pena especial, será punida com as mesmas penas do crime, menos a terça parte em cada um dos grãos.Se a pena fôr de morte, impôr-se-ha ao culpado de tentativa no mesmo gráo a de galés perpetuas. Se fôr de galés perpetuas, ou de prisão perpetua com trabalho, ou sem elle, impor-se-ha a de galés por vinte annos, ou de prisão com trabalho, ou sem elle por vinte annos. Se fôr de banimento, impôr-se-ha a de desterro para fóra do Imperio por vinte annos. Se fôr de

degredo, ou de desterro perpetuo, impôr-se-ha a de degredo, ou desterro por vinte annos.

Art. 35. A complicitade será punida com as penas da tentativa; e a complicitade da tentativa com as mesmas penas desta, menos a terça parte, conforme a regra estabelecida no artigo antecedente (BRASIL, 1830, p.2).

Já os maiores de 17 e menores de 21, a seu turno, recebiam atenuação na pena em razão da idade (art. 18, item 10);

Art. 18. São circumstanciasattenuantes dos crimes:

1º Não ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal, e directa intenção de o praticar.

2º Ter o delinquente commettido o crime para evitar maior mal.

3º Ter o delinquente commettido o crime em defeza da propria pessoa, ou de seus direitos; em defeza de sua familia, ou de um terceiro.

4º Ter o delinquente commettido o crime em desaffronta de alguma injuria, ou deshonna, que lhe fosse feita, ou á seus ascendentes, descendentes, conjuge, ou irmãos.

5º Ter o delinquente commettido o crime, oppondo-se á execução de ordens illegaes.

6º Ter precedido aggressão da parte do offendido.

7º Ter o delinquente commettido o crime, atterrado de ameaças.

8º Ter sido provocado o delinquente.

A provocação será mais ou menos attendivel, segundo fôr mais ou menos grave, mais ou menos recente.

9º Ter o delinquente commettido o crime no estado de embriaguez.

Para que a embriaguez se considere circumstanciaattenuante, deverão intervir conjunctamente os seguintes requesitos; 1º que o delinquente não tivesse antes della formado o projecto do crime; 2º que a embriaguez não fosse procurada pelo delinquente como meio de o animar á perpetração do crime; 3º que o delinquente não seja costumado em tal estado a commetter crimes.

10. Ser o delinquente menor de vinte e um annos.

Quando o réofôr menor de dezaseteannos, e maior de quatorze, poderá o Juiz, parecendo-lhe justo, impôr-lhe as penas da complicitade(BRASIL, 1830, p.1).

O Código Criminal da República (1890) adotou o critério de discernimento assim como o Código do Império (1830). Porém a idade para imputabilidade foi reduzida para os 9 anos de idade (art. 27, §1º), e aquele que era maior de 9 anos e menor de 14 anos, desde que agisse sem discernimento, eram considerados semiimputável, e a imputabilidade a partir de 14 anos de idade.

Art. 27. Não são criminosos:

§ 1º Os menores de 9annos completos;

§ 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento; (BRASIL, 1890, p.2).

Já os maiores de 9 anos e menor de 14 que agisse com discernimento, era determinado recolhimento para

estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que fosse necessário não podendo exceder 17 anos de recolhimento. Assim dispõe o art. 30:

Art. 30. Os maiores de 9 annos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 annos(BRASIL, 1890, p.2).

65: Entre 14 e 17 anos, a pena era a que dispõe o art.

Art. 65. Quando o delinquente for maior de 14 e menor de 17 annos, o juiz lhe a applicará as penas da cumplicidade (BRASIL, 1890, p.3).

Posteriormente, pela edição do Decreto 16.272 de 20 de dezembro de 1923, houve a alteração da maioridade penal, tratando assim somente os maiores de 14 anos de idade como imputáveis, assim sendo:

Art. 24. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes, ou tutor, ou pessoa em cuja guarda viva (BRASIL, 1923, p.2).

Com Código Criminal Republicano aboliu-sea pena de morte e nele foi instalado o regime penitenciário com caráter correcional, sendo considerado assim um avanço na legislação penal.

O Código Penal de 1940, e atual legislação penal brasileira, adotou o critério biológico para o adolescente, permitindo a ele ser então inimputável. Explica o autor Mirabete (2007, p. 274 e 275):

Adotando um critério puramente biológico, de idade do autor do fato, dispõe a lei que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis. Não se leva em conta o desenvolvimento do menor que, embora possa ser penalmente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, não poderá ser responsabilizado penalmente por suas ações. Trata-se de um caso de presunção absoluta de inimputabilidade, e, embora não se possa negar que um jovem de menor idade hoje tem amplo conhecimento do mundo e condições de discernimento sobre a ilicitude de seus atos, não se admite a prova de que era ele, ao tempo da ação ou omissão capaz de entendimento e determinação. A regra foi elevado a nível constitucional, prevendo-se expressamente a inimputabilidade dos menores de 18 anos (art.228 da CF) (MIRABETE, 2007, p. 274-275).

Foi adotado a maioridade para 18 anos de idade, optando-se pelo critério cronológico. É presumido pelo código que o menor de 18 anos não tem capacidade entender o ato ilícito que por ele está sendo praticado e assim ficando então sujeito a legislação especial e não

sendo punido como um adulto que recebe uma sanção penal pelo ato ilícito praticado. Assim dispõe o art.27, CP, sobre os inimputáveis:

Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. ([*Artigo com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984*](#))“(BRASIL, 2008, p. 7).

Sendo assim, o menor ao praticar algum ato ilícito com ou sem discernimento, ficará sujeito ao Estatuto da Criança e Adolescente (ECA). Vejamos o que diz o autor Delmanto *et al* (2002, p.55):

Ainda que o jovem com idade inferior a 18 anos seja casado ou emancipado, ou mesmo que se trate de um superdotado com excepcional inteligência, a presunção legal persiste pelo seu caráter absoluto, que inadmita prova em contrário. Assim, ainda que o menor pratique fato típico e ilícito, *jamaiz* poderá ser responsabilizado na esfera penal, pois lhe falta a imputabilidade, que é pressuposto da culpabilidade. Apenas ficará sujeito às providências previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (DELMANTO *et al*, 2002, p. 55).

Caso o menor cometa algum crime ele ficará internado até que complete 21 anos de idade, como determina o art. 121, § 5º do ECA.

Em relação ao tempo do crime leva em conta o momento praticado a atividade. Explica Damásio (2007, p. 131):

Tempo do crime: leva-se em conta o momento da atividade e não o momento de produção do resultado. Assim, se o sujeito, faltando alguns dias para completar dezoito anos de idade, desfere golpes de faca na vítima, que vem a morrer depois de ele (autor da conduta) completar dezoito anos, não responde por crime (DAMÁSIO, 2007, p. 131).

Apesar do menor de 18 anos cometer um crime, ele cometerá somente um ato infracional estando sujeito somente a medidas socioeducativas, não importando então a sua maioridade logo após o fatídico.

2.3 Culpabilidade

É o juízo de reprovação social que se faz sobre a conduta, praticada pelo autor, indagando se ele tinha possibilidade de realizar a conduta na direção da ordem jurídica e de evitar o mal cometido. Santos (2010, p. 273 - 274) conceitua:

A culpabilidade, como juízo de reprovação, tem por objeto o tipo de injusto, e por fundamento: a) a imputabilidade, como conjunto de condições pessoais mínimas que capacitam o sujeito a saber (e controlar) o que faz, excluída ou reduzida em hipóteses de menoridade ou de doenças e anomalias mentais incapacitantes; b) o conhecimento do injusto, como conhecimento concreto do valor que permite ao autor imputável saber, realmente, o que faz, excluído ou reduzido em casos de erro de proibição;

c) a exigibilidade de conduta diversa, como expressão de normalidade das circunstâncias do fato e concreta indicação do poder de não fazer o que fez, excluído ou reduzido nas situações de exculpação (SANTOS, 2010, p.273-274).

Em outras palavras, culpabilidade é o juízo de censura que recai sobre a formação e a vontade do agente, com o objetivo de imposição de pena. Sendo assim, o pressuposto da aplicação da pena.

A culpabilidade deve ser entendida como fundamento e limite de toda pena. O princípio diz respeito ao caráter inviolável da dignidade humana, e nele há dois aspectos, sendo o *nullumcrimensine culpa* e o não há pena se a conduta não for reprovável. Ensina Barros (2010, p. 403):

O princípio da culpabilidade tem dois aspectos:

- a) *Nullumcrimensine culpa*: não há delito se este não for ao menos culposos. De acordo com o finalismo, o dolo e a culpa integram a tipicidade, de modo que esse primeiro aspecto não é um problema da culpabilidade e sim da tipicidade;
- b) Não há pena se a conduta não for reprovável: este é o moderno sentido da culpabilidade, revelando-se como um juízo de censura pelo qual se analisa se o autor de fato típico e antijurídico é ou não merecedor da pena (BARROS, 2010, p. 403).

Os elementos da culpabilidade são: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Na imputabilidade, há exceções onde se encontra determinadas hipóteses de exclusão da imputabilidade.

São causas excludentes de imputabilidade ou causas de inimputabilidade, a doença mental (ex.: esquizofrenia, psicose, paranoia, maníaco-depressiva, epilepsia grave, demência senil e etc), o desenvolvimento mental incompleto ou retardado (ex.: oligofrenias, e silvícola não integrado), menoridade (menores de 18 anos de idade) e a embriaguez acidental completa também está na exclusão de culpabilidade.

Em relação a menoridade como causa de exclusão de culpabilidade, explica Prado (2011, p. 397):

Menoridade: menores de dezoito anos – consagra-se aqui o princípio da inimputabilidade absoluta por presunção (art. 27,CP), com fulcro no critério biológico da idade do agente, e que, a partir da Carta de 1988, tem assento constitucional (art.228, CF). Porém, ficam os menores de 18 anos sujeitos às disposições específicas do Estatuto da Criança e do Adolescente (art.104, Lei 8069/1990). Esse diploma legal prevê, no caso de ato infracional (crime ou contravenção penal) praticado por criança ou adolescente, medidas de proteção genéricas (art. 98, ECA) e específicas (art.101, ECA) e, ainda, para o adolescente, medidas socioeducativas (art. 112, ECA). Se o menor já tem 18 anos completos, mas ainda não atingiu os 21, faz jus à atenuação da pena (art. 65, **I, 1.ª parte , CP**) e à **redução do prazo prescricional (art. 115, CP) (PRADO, 2011, p. 397).**

Diante das explicações, fica esclarecido que o menor de 18 anos de idade, ao cometer um crime ficará impune, tendo assim a exclusão da culpabilidade, entendendo que o mesmo não tem a capacidade, o

discernimento sobre seus atos praticados mesmo que sejam ilícitos, pelo fato de ser um menor e não ter a idade legal estabelecida, justificado pelo devido princípio biológico adotado no CPB/40.

3 A MAIORIDADE NO DIREITO COMPARADO

3.1 A maioridade no direito americano

Assim como o Brasil adota uma determinada idade penal, os outros países também fixaram idade para maioridade penal, sendo que nem todos adotam a idade de 18 anos, apesar de ser a idade adotada pela maioria dos países, sendo do continente Americano ou Europeu. Como é o caso da Argentina, Alemanha, Espanha, Holanda, Itália, Japão e México que são alguns dos exemplos de países que trabalham maioridade penal como o Brasil.

O continente americano contém algumas divisões regionais. Sendo América do Norte, América do Sul e América Central. A seguir iremos visualizar a maioridade penal de alguns países de cada parte da América.

A **América do Norte** possui três países: Canadá, Estados Unidos e México. O Estados Unidos, diferentemente dos outros países, é um país em que a lei muda de Estado para Estado, já que cada estado tem autonomia legal para legislar sobre o assunto. Não é somente a idade nem o tipo de crime que conta, os menores infratores podem ter punições diferentes, dependendo do lugar onde infringiram a lei. Os adolescentes podem ser submetidos aos mesmo procedimentos dos adultos, podendo ser punidos até mesmo com a pena de morte ou prisão perpétua.

Ao contrário do Brasil que deseja reduzir a maioridade penal para 16 anos através de uma emenda constitucional, os Estados Americanos discutem a possibilidade para aumentar a maioridade penal para 21 anos. Alguns Estados elevaram a idade penal para 18 anos

e outros cinco Estados começaram a rever suas leis em 2016 para aumentarem também. Um dos motivos de querer aumentar para 21 anos, é pelo fato do aumento de reincidência do adolescente quando é colocado na prisão junto com um adulto, e ao quando colocado em centro socioeducativo, o número de reincidência é menor. O aumento da idade é visto como uma segunda chance ao adolescente e com o centro socioeducativo seria uma influência benigna que ajuda na reabilitação. Os defensores da ideia da reabilitação, entendem que muitas das vezes tudo que uma criança ou adolescente precisa para mudar de vida, é descobrir que existe outra oportunidade, na qual ele pode viver melhor, e a influência de um bom ambiente.

A América Central é formada pelos seguintes países: Antígua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Costa Rica, Cuba, Dominica, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, Nicarágua, Panamá, República Dominicana, Santa Lúcia, São Cristóvão e Névis, São Vicente e Granadinas, Trinidad e Tobago.

Cuba é um país que tem tratamento diferenciado para os menores de 20 anos quando são infratores. Os infratores abaixo dessa idade ficam em estabelecimentos especiais separados dos outros detentos adultos. Esses estabelecimentos são semelhantes a casas correcionais, onde focam na ressocialização e educação profissional desses jovens infratores. A separação de estabelecimento entre os menores e os adultos é uma medida que visa a proteção a eles para que não sejam aliciados pelos criminosos mais velhos e experientes.

O país considera 16 anos como idade mínima para que possa ser punido. A legislação cubana penaliza a partir dessa idade aquele menor que cometer um crime previsto em lei. Porém, como um diferencial desse país, quando a idade for entre 16 e 18 anos, a pena pode ser

reduzida pela metade das aplicáveis a adultos. Os infratores que tem entre 18 e 20 anos, a redução é de até um terço da pena. Quem utilizar dos jovens menores de 16 anos para cometer crimes, poderá pegar de quatro a vinte anos de prisão.

Já a **América do Sul**, contem doze países: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela.

Comparado aos países vizinhos, o Chile é considerado o país com menos crimes violentos. Foi considerado o campeão regional da paz de acordo com o Global Peace Index 2017, ficando na 24ª posição em um ranking de 163 países, sendo considerado o mais tranquilo na América Latina. A maioridade penal é de 18 anos, porém, a partir dos 14 anos os jovens já podem ser encaminhados para medidas socioeducativas, sendo analisadas pelos Tribunais de Família, semelhante ao que temos no Brasil, porém no Brasil a idade diminui para 12 anos e quem julga é a Vara da Infância e Juventude. A lei da responsabilidade penal de adolescentes chilena, define o sistema de responsabilidade penal dos 14 aos 18 anos, mas em geral os adolescentes somente são responsáveis a partir de 16 anos.

Na Guiana e no Suriname, os jovens de 16 anos podem ser julgados e presos como adultos pelo sistema judiciário, tornando esses países mais rigorosos com os jovens infratores. Nos dois países, crianças a partir de 10 anos estão sujeitas a punições. Nas outras nações da região, assim como no Brasil, a idade fixada é de 12 anos.

A Argentina, assim como Suriname e Guiana, os maiores de 16 anos já são passíveis de julgamento penal, como adultos, porém a diferença é que os jovens não podem cumprir pena em prisões comuns. O país, é o único da região que aplica pena perpetua a menores de 18 anos, como foi o caso de diversos juízes de diferentes partes dos

países que ditaram sentenças perpetuas contra pelo menos dez adolescentes. Por esses julgamentos, o país foi denunciado perante a CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos) sendo o país condenado por violar o direito internacional dos direitos humanos de jovens.

3.2 A maioria no direito europeu

O continente europeu é formado pelos seguintes países: Irlanda, França, Reino Unido, Países Baixos, Bélgica, Alemanha, Malta, Luxemburgo, Suíça, Áustria, Rússia, Belarus, Polônia, República Tcheca, Ucrânia, Eslováquia, Hungria, Romênia, Moldávia, Sérvia, Croácia, Montenegro, Bósnia-Herzegovina, Eslovênia, Bulgária, Macedônia, Albânia, Espanha, Portugal, Andorra, Liechtenstein, Itália, Grécia, San Marino, Turquia, Islândia, Noruega, Dinamarca, Suécia, Finlândia, Armênia, Letônia, Estônia e Lituânia.

Entre eles encontra os países que lideram o ranking mundial como mais pacíficos ou com menores índices de criminalidade. Como é o caso da Irlanda, onde a responsabilidade Penal Juvenil é de **12 anos** e Maioridade Penal é **18 anos**; A Áustria que adota o critério de maioridade penal ou criminal 19 anos e responsabilidade juvenil 14 anos; República Tcheca tendo a responsabilidade penal juvenil de 12 anos e maioridade penal é 18 ; Eslovênia que adota responsabilidade penal juvenil aos 14 anos e maioridade idade penal aos 18; Portugal, onde a responsabilidade penal juvenil ocorre aos 12 anos, sendo os jovens abaixo desta idade penalmente inimputáveis e entre 16 e 21 anos estão sujeitos a um Regime Penal Especial; Islândia 15 anos a responsabilidade penal juvenil e 18 anos maioridade penal; ea Dinamarca que adota a responsabilidade penal juvenil 15 anos e maioridade penal 18 anos.

Diferentemente dos países citados acima, a França não adota a maioridade penal de 18 anos. O código penal francês prevê a maioridade como 13 anos de idade. A partir desta idade, o jovem infrator pode cumprir pena em estabelecimento prisional comum, mas essa medida é exceção. Geralmente são encaminhados para centros educativos, onde recebem acompanhamento psicológico, educacional e profissional. A prisão é a última alternativa para a sanção, porém em casos mais extremos, o próprio jovem rejeita as medidas de correção e preferem a prisão pois consideram a medida de correção proferida pela justiça como uma medida infantil. Os adolescentes entre 13 e 18 anos se demonstrado discernimento e houver a condenação, a pena do menor poderá ser diminuída.

Enquanto alguns países desejam aumentar a maioridade penal, a Rússia agiu de forma contrária, e reduziu a maioridade de 16 para 14 anos. Sendo assim, a idade de responsabilidade penal é de 14 anos para infrações graves, como estupro e assassinato, e de 16 anos para crimes menos grave. Na Europa, o país é considerado o que mais coloca crianças atrás das grades.

A Espanha, assim como o Brasil, adota a maioridade penal de 18 anos e a responsabilidade civil aos 12. No país, a Lei do menor impede a condenação dos jovens infratores menores de 14 anos que cometerem algum delito, essa mesma lei especifica que nos casos dos menores de 14, a promotoria deve submeter à entidade pública de proteção de menores toda a informação necessária sobre o menor para ser avaliado a sua situação. É essa entidade pública, que deverá efetuar as medidas de proteção adequadas as suas circunstâncias.

Na Alemanha, existe a responsabilidade penal juvenil onde pode haver atenuação das penas e possibilidade de julgamento pela Justiça comum ou juvenil, dependendo do caso, que começa a partir dos 14

anos de idade, mas tem uma responsabilidade adulta que vai dos 18 aos 21 anos.

Além da Alemanha, Portugal e Escócia adotam também uma faixa intermediária pós maioridade penal, na maioria das vezes entre os 18 e 21 anos, onde poderá haver atenuação das penas e possibilidade de julgamento pela justiça comum ou justiça juvenil, dependendo de cada caso.

3.3 Resultado dos países que já diminuíram a idade penal

A redução da maioridade penal no Brasil ainda é um assunto que gera muita discussão. Alguns países aumentaram e outros diminuíram a idade penal. A seguir vejamos um breve resumo de países que diminuíram a idade penal e o que aconteceu por lá. Assim exemplifica *Raquel Sodré (2016, pag. 1)*:

1. Espanha (18 anos)

Reduziu a maioridade penal dos 18 para os 16 anos ainda no século passado. Após novos debates e números desfavoráveis à medida, voltaram atrás e a subiram novamente para 18 anos em 1995.

2. Dinamarca (14 anos)

Em junho de 2010, a maioridade penal no país foi reduzida de 15 para 14 anos. As estatísticas criminais de Copenhague, capital do país, em 2011, revelaram uma queda de 26% por ameaças violentas e uma queda de 22% em prisões relacionadas a drogas desde 2009. Já as invasões de domicílio e os assaltos a residências aumentaram 24% no mesmo período.

3. Geórgia (14 anos)

O Estado da Geórgia, nos Estados Unidos, reduziu sua maioridade penal de 14 para 12 anos em junho de 2008. A decisão valia para os crimes de assassinato, assassinato com circunstâncias agravantes, lesão corporal grave, estupro, assalto, assalto à mão armada, porte de arma para menor de 21 anos não habilitado, ou pessoa com antecedentes criminais. A medida, no entanto, foi revogada em fevereiro de 2010, e eles voltaram a ter maioridade penal de 14 anos.

4. Hungria (12 anos)

O país aprovou um novo código penal em 2012. Nele, eles reduziam a maioridade penal de 14 para 12 anos nos casos de homicídio doloso, culposo, assédio sexual, roubo e furto. O país registrou um aumento nos níveis gerais de criminalidade em 2013 e 2014. No ano passado, contudo, eles tiveram o menor número de assassinatos dos últimos 40 anos: menos de 150 em todo o país.

5. Panamá (12 anos)

Em 2010, o país reduziu sua maioridade penal dos 14 para os 12 anos. Nesse mesmo ano, a taxa de homicídios caiu e atingiu 19,3 para cada 100 mil habitantes. Já as taxas de furto subiram muito – com destaque para o furto de smartphones BlackBerry. Em 2011, a baixa nos números de assassinatos foi mantida, e em 2012 caiu ainda mais, para 18 para cada 100 mil habitantes. A taxa continuou a mesma em 2013.

6. Inglaterra (10 anos)

Até 1998, a maioridade penal na terra da rainha era 14 anos. Baixou para 10 com o Crime and Disorder Act, desse mesmo ano. Quase dez anos depois, o British Crime Survey, levantamento com mais de

47 mil habitantes do país que faz uma varredura dos crimes ocorridos no período de 25 anos, revelou que, em 2005/2006, a Inglaterra teve a mesma quantidade de crimes que 25 anos antes – depois de ter tido um pico em 1995. Essa alta na criminalidade é atribuída, pelo próprio documento, ao período de recessão que o país vivia na época.

O “do contra”: Escócia

A Escócia é um caso contrário, que pode indicar que uma maioridade penal baixa não está mesmo ligada a uma baixa criminalidade. Até 2010, a idade mínima com que alguém podia ser levado para a cadeia era oito anos. Hoje a maioridade penal lá é de 12 anos. Surpreendentemente – ou não -, o país registrou seu nível mais baixo de criminalidade dos últimos 40 anos de 2013 para 2014. Os crimes violentos também tiveram um decréscimo de 10% – apesar de os crimes sexuais terem subido 12% no mesmo período (SODRÉ, 2016, p. 1).

Podemos ver então que alguns países não tiveram uma baixa significativa na criminalidade em geral, porém nos casos de alguns crimes específicos houve uma diminuição, e em outros casos um aumento. Mas é importante ver o que aconteceu nos países que reduziram e depois aumentaram a maioridade penal. Atualmente, 70% dos países estabelecem 18 anos como idade penal mínima.

4 ANÁLISE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE

4.1 Aspectos jurídicos e sociais da redução da maior idade penal

A violência no Brasil, o alto índice de criminalidade, é algo que vem assustando a sociedade. São crimes cometidos não somente por adultos, mas também por jovens infratores menores de 18 anos, e que não respondem penalmente pelos seus atos, somente por legislação especial, por serem considerados inimputáveis pelo Código Penal e pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 228.

O jovem do século XXI não é o mesmo do que dos séculos passados. Nesse sentido, Nucci (2009, p.302) diz que o menor de 18 anos já não é o mesmo do início do século, não merecendo continuar sendo tratado como uma pessoa que não tem noção do caráter ilícito do que faz ou deixa de fazer, sem poder conduzir-se de acordo com esse entendimento. Ou seja, ninguém pode negar que o jovem entre 16 e 18 anos, de qualquer meio social, tem hoje amplo conhecimento do mundo e condições de discernimento sobre a ilicitude de seus atos.

Os motivos pelo qual os jovens infratores entram na criminalidade são vários. Mas geralmente vem pela falta da educação, a falta de conclusão do ensino médio ou até mesmo do ensino fundamental, quando é o caso em que o jovem resolve abandonar a escola.

O uso de drogas é outro fator em que faz o infrator menor roubar, furtar, ou cometer qualquer outro tipo de crime para conseguir dinheiro para sustentar o seu vício.

O desemprego ou a dificuldade de conseguir um, sendo que alguns menores até alegam a dificuldade em conseguir emprego no período de 16 a 18 anos pelo fato de que as vezes não são contratados por causa do serviço militar, ou seja, esses são também um dos motivos citados

para que alguns menores procure a criminalidade como forma de ganhar uma renda, ou seja, a falta de oportunidade para trabalhar.

Em regra, os jovens infratores são de família pobres, ou famílias desestruturadas, sendo raro os que foram criados por pai e mãe juntos, ocorrendo assim a ausência de um dos genitores, sendo pelo divórcio, viuvez ou até mesmo nunca ter conhecido algum deles, e geralmente a mãe é quem sustenta a casa. Ou seja, ocorre a ausência da família, e devido a isso muitas vezes o menor é criado por familiares que em alguns casos até tem envolvimento com crime, alguns jovens até se tornam violentos porque sofreram violência em sua vida por parte de seus familiares, ou então o jovem se aproxima de amigos que entraram para o mundo da criminalidade e que orientam o menor a como fugir da polícia, como ganhar dinheiro de forma mais fácil fazendo coisas erradas, cometendo crimes e não como ter uma vida honesta.

Porém, esses tipos de crimes praticados pelos menores não são privativos somente de pessoas pobres marginalizados. Um exemplo disso é o crime que foi cometido em Brasília – DF, no ano de 1997, contra o índio Galdino Jesus dos Santos, que estava dormindo em um ponto de ônibus, cometido por rapazes de classe média onde foram condenados por homicídio culposo. Além das quadrilhas formadas nas capitais pela classe média também.

Uma pesquisa feita em 2013 pelo instituto Confederação Nacional dos Transportes (CNT/MDA), mostrou que 92,7% dos pesquisados querem a redução da idade penal por causa da crescente participação dos menores em assaltos e homicídios. No mesmo ano, pesquisa do instituto Datafolha indicou que 93% dos paulistanos são a favor da redução. Ou seja, a maioria da

população brasileira é a favor da redução da maioridade penal para 16 anos.

A impunidade gera mais violência. Os jovens do século atual têm consciência de que não podem ser presos e punidos como adultos. Por isso continuam a cometer crimes, e muita das vezes um menor infrator pode ser mais perigoso do que um adulto que é bandido, porque eles não medem as consequências dos atos e sabem que irão ser praticamente impunes por ser menor de 18 anos, acabando assim aproveitando da situação. Jair Messias Bolsonaro, eleito como presidente no ano de 2018, pretende reduzir a maioridade penal. Ele fundamenta que os jovens entre 16 e 18 anos estão à frente dos crimes hediondos porque sabem que se forem punidos será por pouco tempo, tendo em vista o estatuto da criança e do adolescente.

A redução da maioridade penal iria proteger os jovens do aliciamento feito pelo crime organizado, que tem recrutado jovens menores de 18 anos para atividades, especialmente, relacionadas ao tráfico de drogas, sendo então usados pelo crime organizado e por sua liderança pelos adultos que são considerados bandidos.

Em relação aos adultos que utiliza o menor para prática de crimes graves, o autor Bitencourt (2015, p. 477) sugere que ou criminaliza-se a conduta de utilizar os menores para delinquir, a exemplo do que fazia a revogada lei 2.252/54 (uma espécie de corrupção de menores), ou, pelo menos, cria-se uma majorante duplicando a pena, por exemplo, quando for usado menor para a execução de uma infração penal. Entretanto, deve-se punir o criminoso maior que usa maldosamente o menor para delinquir, e não punir este porque é usado pelo maior. Ou seja, o autor sugere uma punição mais severa aos criminosos que utilizam de menores para prática de crimes, inclusive corrompendo-os.

O Brasil precisa equiparar a sua legislação à de países desenvolvidos como por exemplo, os Estados Unidos, onde, na maioria dos Estados, adolescentes acima de 12 anos de idade podem ser submetidos a processos judiciais da mesma forma que adultos.

Não se pretende, com a redução da maioridade penal para 16 anos, combater somente a criminalidade, como muitos pensam. De fato, não é a redução da maioridade penal que irá solucionar o problema do aumento da prática delitiva no país, a alteração deve ocorrer para que seja feito para adaptar a lei penal à realidade do jovem infrator dos dias atuais.

O Código Penal de 1940, vigente, usou para definir a para definir a maioridade penal o sistema biológico, ignorando o desenvolvimento mental do menor de dezoito anos, considerando-o inimputável, independentemente de possuir a plena capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento, desprezando o aspecto psicológico.

Se o crime for cometido por quem tenha entre 12 a 18 anos, o critério adotado é o biológico, sendo o menor infrator inimputável e vai cumprir a medida socioeducativa.

O Estado deveria ressocializar alguns menores infratores em determinadas situações, para que em determinados tipos de crimes essa pessoa passe por uma avaliação e adota-se o critério biopsicológico, o mesmo critério adotado para os maiores que cometem o crime e são mentalmente irresponsáveis, inimputáveis. Ele vai cumprir sua medida socioeducativa.

Assim como ocorre em outros países, deverá estabelecer uma separação entre o local de cumprimento de pena para os maiores de 18 anos e para os menores que forem considerados penalmente imputáveis.

Na Bélgica entre 16 e 18 anos, determinados tipo de crime o menor infrator passa por uma perícia, e se o psiquiatra, o psicólogo, entende que ele tem capacidade de entender e querer o que fez, ele vai responder penalmente pelo fato.

A idade de 18 anos, não pode ser considerado como um limite razoável de tolerância recomendado, equiparando-se pelo seminário europeu de assistência social das nações unidas, de 1949, em Paris. Pois a realidade da Europa em relação à segurança, educação, e baixa criminalidade é totalmente distinta da que vivemos no Brasil, tendo assim que haver uma redução para 16 anos para que se tenha uma punição ao jovem infrator.

O melhor critério adotado pelo Brasil, seria o critério misto e não somente cronológico.

A Constituição Federal prevê expressamente a inimputabilidade dos menores de 18 anos, sujeitando-se apenas à legislação especial. Mas, o art. 50 do Código Penal Militar (decreto lei nº1001, de 21-10-1969), dispõe que:

Art. 50. O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade (BRASIL, 2008, p. 2).

Sendo assim, estabelecia a imputabilidade do menor com 16 anos desde que revelasse suficiente desenvolvimento psíquico, porém, foi revogado pela norma constitucional.

Nucci, (2009, p. 302 e 303) sugere o uso da perícia, para que do mesmo modo que se verifica a sanidade de alguém por intermédio de perícia, poderia fazer o mesmo quanto aos maiores de 14 ou 16 anos. Se fossem considerados aptos a compreender o ilícito, deveriam ser declarados imputáveis, ainda que tenham tratamento especial em jurisdição específica, se for preciso. Já em relação à condição do maior de 18 e menor de 21 anos, por não ter atingido ainda plenamente a sua maturidade, concedendo-lhe uma atenuante como dispõe o (art. 65, I, CP);

São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I-ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença (BRASIL, 2008, p. 3).

Poderiam também estes estar submetidos a tratamento especial, em presídios separados dos maiores de 21 anos.

O autor Bitencourt (2015, p.478) sugere uma terceira opção, um *lege ferenda*:

Nem a responsabilidade penal do nosso código penal, nem as medidas socioeducativas do estatuto da criança e adolescente, mas uma elevação da restrição de liberdade, como se fora uma espécie de responsabilidade penal diminuída, com consequências diferenciadas, para os infratores jovens com idade entre dezesseis e vinte anos, cujas sanções devam ser cumpridas em outra modalidade de estabelecimento (patronato) para menores infratores exclusivas para menores, com tratamento

adequado, enfim, um tratamento especial, com a presença e a participação obrigatória e permanente de psicólogos, psiquiatras, terapeutas e assistentes sociais (BITENCOURT, 2015, p. 478).

Porém para que seja adotado os critérios sugeridos acima pelo autor, é indispensável que os menores não venham a cumprir sanção penal juntamente com os delinquentes adultos. Além disso para cumprir as sanções penais será necessário que seja executada em estabelecimentos especiais, com o tratamento ressocializador, individualizado, ficando sob a responsabilidade de técnicos especializados, como por exemplo, assistente sociais, psicólogos, psiquiatras e terapeutas, para que possa auxiliar o menor infrator na sua educação, dando a ele uma segunda chance, além de prepara-lo para o mercado de trabalho.

Para que se possa admitir a redução da maioridade penal, exige-se competência e honestidade de propósitos do Estado. Pela ausência das mesmas em relação à questão que envolve o menor infrator, têm sido a questão da realidade política criminal que o país vive nos dias atuais. A ideia não poderia ser aproveitada somente pela metade pelos legisladores, ou seja, adotar a responsabilidade penal diminuída e não criar os estabelecimentos adequados exclusivos para menores, com uma estrutura funcional e com profissionais especializados.

Atualmente a Fundação CASA, onde sua função é executar as medidas socioeducativas aplicadas pelo poder judiciário aos adolescentes infratores de até 18, oferece 60 cursos profissionalizantes em diversas áreas. Uma alternativa seria uma parceria com algumas empresas, ONG'S, entre outros, que pudessem oferecer empregos a esses jovens que participaram de algum dos cursos

oferecidos, para que assim ele tenha um salário ao sair, e não precise voltar para o mundo do crime, já que muitos menores infratores argumentam que entrou para a vida do tráfico, roubo ou furto por não conseguir ter um ofício e precisar de dinheiro para se manter e muita das vezes sustentar sua família também.

4.2 Redução da maioridade: Constituição Federal 1988 e ECA – Estatuto da Criança e Adolescente

A Constituição Federal vigente, no art.228, refere-se ao menor de 18 anos, como sendo inimputável, ou seja, não podendo ser penalmente responsabilizado pelo seu ato infracional. Vejamos:

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial (BRASIL, 1988, p. 13).

Porém, percebe-se que o Código Penal atual e nem a Constituição Federal de 1988, acompanharam a evolução desses menores, que a cada dia que passa vem evoluindo mais com a sociedade e transformando-se, sendo transformação educacionais, biológicas ou culturais, sendo assim cada vez mais cedo os jovens se torna consciente do que faz, sendo capaz de entender perfeitamente o resultado de seus atos, e tendo discernimento do que fazem. Exemplifica-se pelo fato de a partir de 16 anos o adolescente já pode ter a opção de votar, mesmo que facultativamente podendo assim exercer seu direito de voto, de ser emancipado, de casar entre outros.

Para que possa ser feita a alteração da maioridade penal reduzindo para 16 anos, é necessário a criação de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC). Existe

um grande apelo da sociedade brasileira para que a PEC que reduz a maioridade 18 para 16 anos, seja aprovada. As Proposta de Emenda Constitucional em relação a redução da maioridade é discutida por mais de 20 anos na Câmara, e provoca debates acirrados entre setores que rejeitam e apoiam a proposta. Os que são contra a redução, argumentam que a redução só irá aumentar a criminalidade por acreditarem que, caso esses jovens sejam mandados para os mesmos presídios que os adultos, suas chances de reabilitação irão diminuir. Para os favoráveis à redução da maioridade, o principal argumento é que, aos 16 anos, já tem discernimento do que faz podendo responder como um adulto. É defendido, também, que muitas vezes esses jovens são usados por criminosos maiores de idade, que sabem que os mais jovens não poderão ser punidos.

A proposta que está em análise é a PEC 33/2012, do senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP). Ela é considerada menos radical dos que os outros projetos anteriores porque estabelece a redução da maioridade para 15 crimes, sendo eles os hediondos. Segundo a secretaria dos direitos humanos, os crimes mais praticados pelos menores de 18 anos, são os crimes de roubo, tráfico, homicídio e furto. Sendo assim, nestes casos de crimes hediondos, o jovem infrator que tivesse entre 16 e 18 anos seriam julgados como adultos. O senador propõe que a pena seria cumprida em local separado dos presidiários que são maiores de 18 anos. Há alguns anos uma proposta semelhante, mas sem detalhamento dos crimes, foi derrubada no senado. A Proposta de Emenda está em fase de análise de Comissões da Câmara. Após esse processo, segue para a votação da Casa e em seguida para o senado. Caso a PEC seja aprovada, segue para a promulgação pelas mesas da câmara e do senado. Ao contrário do que

ocorre com as leis, as emendas constitucionais não passam pelo veto ou sanção da presidência.

Não se prevê com a PEC somente o abaixamento da regra da maioridade penal e nem a revogação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Pelo contrário, o ECA tem que ser aplicado e alguns casos de excepcional gravidade, a resposta do Estado que tem que ser mais rigorosa em relação aos jovens infratores.

Tendo em vista que a PEC é a única via para que a maioridade penal seja reduzida, pelo fato da emenda constitucional, é uma emenda que é possível de acontecer, já que a responsabilidade penal foi inserida no capítulo da família, criança, adolescente e idoso, e não no contexto dos direitos e garantias individuais (Capítulo I, art. 5.º, CF).

Sendo assim, a mudança do artigo 228 da CF/88 não pode ser considerado inconstitucional. O artigo 60 da Constituição Federal de 1988, inciso 4º, dispõe:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
 - II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
 - III - a separação dos Poderes;
 - IV - os direitos e garantias individuais
- (BRASIL, 1988, p. 8).

Ou seja, estabelece que as PECs não podem extinguir direitos e garantias individuais, e a PEC que está em votação não acaba com direitos, apenas impõe novas regras, onde modifica e reduz a maioridade penal. Nesse sentido Nucci (2009, p. 302) explica que:

Não podemos concordar com a tese de que há direitos e garantias humanas fundamentais soltos em outros trechos da Carta, por isso também cláusulas pétreas, inseridas na impossibilidade de emenda prevista no art. 60, § 4.º, IV, CF, pois sabe-se que há “direitos e garantias de conteúdo material” e “direitos e garantias de conteúdo formal”. O simples fato de ser introduzida no texto da Constituição Federal como direito e garantia fundamental é suficiente para transformá-la, formalmente, como tal, embora possa não ser assim considerada materialmente (NUCCI, 2009, p. 302).

Por esse motivo a maioria penal, além de não ser direito fundamental em sentido material, também não é de sentido formal. Sendo assim, não tem nenhum impedimento para emenda constitucional suprimindo ou modificando o art.228 da CF/88. A modificação não pretende somente combater a criminalidade em geral, mas sim adequar à lei penal à realidade, já que o menor de 18 anos não é o mesmo dos séculos anteriores.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, lei: 8.069/90, dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Em relação ao ECA, o autor Bitencourt (2015, p.477) ensina que o Código Penal de 1940 sustenta que o reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. E que por esse motivo, os menores de 18 anos, autores de infrações penais, terão suas responsabilidades reguladas pelo Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, que prevê as medidas socioeducativas adequadas a gravidade dos fatos e à idade do menor infrator (Lei n.8.069/90). Entende-se que nessa faixa etária os menores precisam, como seres em formação, mais de educação, de formação e não de prisão ou encarceramento.

É atribuição do juiz de menores a aplicação de medidas administrativas destinadas à sua reeducação e recuperação. A legislação especial a que se refere o art.27 do CP é, o estatuto da criança e do adolescente (lei n. 8.069, de 13-7-1990).

Mirabete (2014, p. 203-204) explica sobre como funciona a legislação especial e quais providências referentes à prática de infração penais por jovens infratores são aplicadas. Vejamos:

Dispõe esse diploma legal, no art.103, sobre a prática de ato infracional pelo menor (conduta descrita como crime ou contravenção penal), a que corresponderão as medidas específicas de proteção prevista no art.101 para crianças (pessoa até 12 anos) e estas ou medidas socioeducativas mencionadas no art.112 para os adolescentes (entre 12 e 18 anos), levando-se em conta a capacidade destes de cumpri-las, as circunstâncias e a gravidade da infração. Prevê ainda o processo de apuração do ato infracional atribuído a adolescentes no art. 171 e seguintes, com a garantia do devido processo legal (art.110), permitindo-se a intervenção dos pais ou responsáveis e de qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide, por meio de advogado, inclusive com o direito da assistência judiciária (art.206). A medida mais severa, de internação no máximo de três anos, cessa compulsoriamente aos 21 anos de idade (art. 121, § 5º). O último dispositivo não foi alterado pelo novo código civil, que reduziu para 18 anos o tempo da maioria civil. A presunção estabelecida pela lei nº **8.069/90, de que o menor de 21 anos, porque ainda em formação, necessita de proteção**

especial do estado, é independente da adotada para a fixação da capacidade civil. Ademais, entendimento diverso implicaria a impossibilidade de imposição de qualquer sanção ao autor de ato infracional praticado às vésperas de atingir a maioridade (MIRABETE, 2014,p. 203 - 204).

Diante exposto, conclui-se que o ECA prevê sanções a partir de 12 anos de idade para aqueles que cometeram atos infracionais, sendo responsabilizados e punidos de acordo com sua idade e a delinquência que cometeu. Nos casos mais graves os adolescentes são encaminhados para internação, que deverá ser cumprida em entidade exclusiva para crianças e adolescentes, obedecendo a programações pedagógicas e acompanhamento psicológico, como é o caso da Fundação Casa.

Em relação aos menores de 21 anos a lei prevê alguns benefícios penais e processuais para os réus que são menores dessa idade na época do fato ou do processo, sendo denominados como réus menores. No código penal brasileiro, é circunstancia atenuante genérica o agente ter menos de 21 anos na data do fato (art.65,I) e os prazos da prescrição, nessa hipótese, são reduzidos de metade (art.115).

O Estatuto da Criança e Adolescente, defende o fato de que se um menor infrator pratica qualquer ato que seja delituoso, o menor não sairá impune, prevendo em relação ao ato infracional praticado, medidas socioeducativas, variável de acordo com a gravidade do delito praticado. O art. 112 do ECA/90 descreve as medidas socioeducativas, que poderá ser aplicada diante de um ato infracional praticado, sendo essas medidas, a advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de

serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.

É necessário que o ECA/90 passe por uma revisão, já que tais medidas socioeducativas estão sendo ineficazes para a repressão de práticas ilícitas pelo jovem infrator. Revisar o presente estatuto elevando a duração da medida de internação deixando de ser de 3 anos, como modificar também as demais leis que tratam de menores.

Diante dessas medidas que não estão sendo eficazes, o menor infrator não se preocupa com a internação, tendo em vista que, cometendo qualquer crime, o máximo que poderá sofrer é a medida de internação de 3 anos, levando assim a acreditar que ficará quase impune, e não tendo registro criminal em sua ficha, pois é o que acontece.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de presente trabalho podemos concluir que o sistema do ordenamento jurídico brasileiro adota o somente o critério o cronológico, ou seja, a idade de 18 anos independentemente de o jovem ter ou não discernimento do que está fazendo, estando então ciente dos seus atos praticados.

Geralmente os jovens infratores são pobres, e alguns deles vem de família desestruturada, onde tem ausência de um dos genitores, e é criado por seus familiares, muita das vezes sendo tratado com violência.

Porém, muita das vezes a culpa não é somente da família, e sim as amizades que o jovem infrator faz, sendo esses amigos muita das vezes bandidos e ensinando o menor a cometer crimes também e não como ganhar dinheiro de forma honesta.

Mas, jamais poderá ser confundida a pobreza com falta de caráter, e nem a falta de oportunidade com a criminalidade, já que muitos alegam que entram pra vida do crime por não conseguir emprego e precisar de dinheiro para seu próprio sustento, de sua família ou até mesmo para sustentar seu vício com as drogas.

A culpa não pode ser colocada somente no jovem infrator que é pobre, ou negro, até porque em outras classes sociais há crianças e adolescentes que entram para a criminalidade.

O que precisa ser feito é uma alteração onde que as leis possam acompanhar a criança e adolescente do século XXI, e adotando assim um critério misto e não somente cronológico. Ou seja, onde acompanhe as mudanças dos jovens, e não deixe o mesmo imputável somente pelo fato de ter entre 16 e 18 anos.

Uma alternativa seria a de adotar o critério da perícia para saber se o menor infrator tinha consciência do que estava fazendo, para que do mesmo modo que se verifica a sanidade de alguém por intermédio de perícia, poderia fazer o mesmo quanto aos jovens entre 16 e 18 anos. Se fossem considerados aptos a compreender o ilícito, deveriam ser declarados imputáveis, ainda que tenham tratamento especial em jurisdição específica, se for preciso, cumprindo pena em estabelecimento especial separados dos adultos que cumprem pena.

Em relação ao jovem que fosse internado não podendo sofrer a sanção penal, deveria haver uma elevação da restrição de liberdade, como se fora uma espécie de responsabilidade penal diminuída.

Não se prevê com a PEC somente o abaixamento da regra da maioria penal e nem a revogação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Pelo contrário, o ECA tem que ser aplicado e alguns casos de excepcional gravidade, a resposta do Estado que tem que

ser mais rigorosa em relação aos jovens infratores. É necessário que se entenda que a PEC relacionada a maioria penal não é algo inconstitucional, podendo sim ter alteração para que haja a redução para 16 anos.

Diante exposto a situação e as possíveis medidas cabíveis, é válido ressaltar que para colocar em prática é necessário que o Estado acolha a mudança, não somente com criação de estabelecimento especiais para os jovens, mas sim com profissionais adequados e especializados, como psicólogos, terapeutas, psiquiatras.

Além da criação de estabelecimentos com competência adequada, o Estado deveria investir mais na educação da criança e adolescente, pois é mais fácil educar quando criança do que punir depois de adulto.

REFERÊNCIAS

BARROS, F. A. M. **Direito penal – parte geral**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília:Senado Federal, 1988.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vademecum**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código Criminal do Império**. 1830. Disponível em

<:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: out. 2018.

BRASIL. **Código Criminal da Republica**. 1890.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: out. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 16272 de 20 de dezembro de 1923**.

Dispõe sobre documentos e procedimentos sobre a assistência e proteção aos menores abandonados e delinquentes. 1923. Disponível em

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16272-20-dezembro-1923-517646-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: out. 2018.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 307 p.

DAMÁSIO E. J. **Código Penal Anotado**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELMANTO, C.; DELMANTO, R.; DELMANTO, R. JÚNIOR. D.; ALMEIDA, F. M. **Código Penal Comentado**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar LTDA., 2002.

FERRAZ, H. **Você conhece a história da idade penal no Brasil? Justificando, mentes inquietas pensam direito**.

2015. Disponível em

<<http://www.justificando.com/2015/03/21/voce-conhece-a-historia-da-idade-penal-no-brasil/>>. Acesso em: out. 2018.

MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal: parte geral**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRABETE, J. F. **Código Penal Interpretado**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, G. De S. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 6.ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, L. R. **Curso de Direto Penal Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, J. C. **Direito Penal - Parte Geral**. 4 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SODRÉ, R. **6 Lugares que já reduziram a maioria penal**. 2016. Disponível em:

<<https://super.abril.com.br/blog/superlistas/6-lugares-que-ja-reduziram-a-maioridade-penal-e-o-que-aconteceu-por-la/>>. Acesso em: out. 2018.

ISBN: 978-85-434-1586-4



Universidade de Itaúna
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

editora
Virtual Books 
www.virtualbooks.com.br

