

*monografias* 

---

série

**TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS  
2018 - vol. 4**

---

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

---

editora  
**Virtual Books**

**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 4**



VirtualBooks Editora

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 2018 – Vol. 4. Organizadores e Autores. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, Publicação 2018. E-book PDF. 245p.

ISBN: 978-85-434-1595-6

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>

## APRESENTAÇÃO

Mais uma vez apresentamos à comunidade acadêmica a coleção MONOGRAFIAS que reúne Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) que foram selecionados pelos professores orientadores do Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais e da Graduação em Direito da Universidade de Itaúna.

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 – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais – da Universidade de Itaúna e que propiciam a base de iniciação científica da Graduação em Direito da nossa Universidade.

A proposta colheu bons frutos! A intenção é que haja a continuidade e o aumento, gradativo, do número de trabalhos, como também, da qualidade científica desses.

Assim sendo, a Universidade de Itaúna manterá de maneira sólida o relacionamento entre a Graduação e o seu Programa de Pós-Graduação, objetivando aprimorar a pesquisa científica.

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.

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.

Em síntese, é importante destacar que não se tratam de obras-primas da *Jurisprudencia*, ou seja, textos com maturidade científica em nível de excelência acadêmica. Do contrário, os textos apresentados são, em sua maioria, as primeiras pesquisas sólidas realizadas pelos seus autores, bacharéis 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 – Mestrado em 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 –  
Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

Prof. Dr. **Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais**

Coordenador-adjunto do PPGD da Universidade de Itaúna  
– Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais



## SUMÁRIO

**Violência doméstica entre casal de militares: crime militar ou crime comum e aplicabilidade da lei Maria da Penha**

Maysa Stéfanie Silva Pimenta

**(DES)NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PARA O RECONHECIMENTO DE FALTAS GRAVES NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL**

Sabrina Oliveira Silva Sabino

**Os princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial**

Victória Lúcia Nunes Valadares

**A (in)viabilidade de implantação da parceria público-privada no sistema prisional brasileiro**

Luana Cristina Gonzaga

## **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ENTRE CASAL DE MILITARES CRIME MILITAR OU CRIME COMUM E APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA**

*Maysa Stéfanie Silva Pimenta<sup>1</sup>*

### RESUMO

Ao longo dos anos, se torna mais comum a formação de casalonde ambos os envolvidos são militares, devido a isso, é possível existir também, a violência doméstica entre eles. Contudo é preciso definir a competência para o julgamento de tal litígio, pois, os militares estão sujeitos a uma legislação especial e crimes entre si são julgados perante a Justiça Militar, conseqüentemente sendo um crime militar, porém, por se tratar da intimidade do casal, que não deve ser violada, estariam sob a competência da Justiça Comum, constituindo-se um crime comum. O objetivo deste trabalho é estabelecer a competência para julgar tais conflitos, e mostrar a influência da Lei Maria da Penha que versa sobre a violência doméstica nessas circunstâncias. Através de uma pesquisa exploratória, bibliográfica, foi encontrada diversos pensamentos a respeito da violência doméstica entre casal de militares, contudo foi possível encontrar uma solução viável, e conclui-se que a melhor forma de resolver essa situação seria na Justiça Comum.

**PALAVRAS-CHAVE:** Competência; Militares; Violência Doméstica; Crime

### INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

No campo de trabalho das instituições militares, hoje, encontramos diversas mulheres que aos poucos estão conquistando seu espaço, devido a isto, é muito comum encontrar casais onde ambos os cônjuges trabalham servindo ao nosso Estado como militares, seja nas Forças Armadas, na Polícia Militar, ou, Corpo de Bombeiros. Dentro desta realidade, é possível que haja violência doméstica entre esses casais.

Diante da situação apresentada, é importante estabelecer a competência do juízo, destacando que a competência é a capacidade de jurisdição que um juiz tem para tomar conhecimento de um litígio e poder julgar dentro das delimitações de sua circunscrição, portanto, se o juízo é incompetente estaremos descrevendo um procedimento com nulidades, dependendo da situação concreta.

A partir disso, encontramos um conflito a ser solucionado, uma vez que, os militares estão sujeitos a uma legislação especial sendo seus crimes julgados pela Justiça Militar. Portanto se ocorre violência doméstica entre casais de militares, estarão ambos sujeitos ao Código Penal Militar, devido a este trazer em seu art.9º, inciso II, alínea “a” que, crimes cometidos entre militares estarão sujeitos a Justiça Castrense. Porém, há de se falar que se trata de um âmbito familiar, e deve ser respeitada a intimidade do casal, já que são invioláveis a intimidade e a vida privada (art.5º, inciso x da CF), portanto tais circunstâncias seriam da competência da Justiça Comum. É também importante saber qual a influência que a Lei nº11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, tem sobre este cenário, por se tratar da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nesse contexto, esta pesquisa tem como finalidade apresentar definições, conceitos, e estudos, que visam solucionar esta perspectiva de forma clara, auxiliando o

cônjuge que passa por isto e levando ao conhecimento dos demais, a fim de obter um julgamento justo, eficaz e legal.

## **2 CONTEXTO HISTÓRICO DA JUSTIÇA MILITAR NO BRASIL**

A Justiça Militar, hoje no Brasil, é uma justiça especializada que tem como finalidade definir os crimes militares, seu principal objetivo é proteger o bom funcionamento das instituições militares e cuidar dos servidores públicos que integram essas instituições, são considerados especiais, já que possuem um tratamento diferente dos demais devido a função que exercem.

Ela começou a surgir na era da Antiguidade, aparecendo no meio de povos antigos, como, os judeus, os gregos, babilônios e egípcios, juntamente com a necessidade do nascimento de uma força militar, para a defesa e ampliação dos territórios.

Com a criação de um exército para as novas conquistas, também era essencial que os soldados que dele integravam, fossem disciplinados, ficando submetidos a um regime duro e sanções graves, que tinham uma aplicação instantânea.

Contudo, teve maior destaque e influência, com o surgimento do exército permanente de Roma, que visava a expansão de territórios, com uma disciplina notoriamente rígida, pois através das grandes conquistas deste exército, Roma estabeleceu princípios, que até os dias de hoje são utilizados para embasamento na Justiça Militar no mundo, inclusive penas e delitos que podem ser encontrados no *Digesto- De re Militare*, considerado um guia militar, escrito por um romano chamado Flávio Vegécio sobre a ciência da guerra.

Já na Idade Média, com a queda de Roma, Portugal, trazendo consigo influências romanas, chega ao Brasil, e juntamente com sua colonização traz também o

Direito Penal Militar. Porém, a princípio, a legislação militar brasileira era totalmente desordenada, sem uma codificação ou até mesmo diferenciação entre o que seria um crime militar e um crime comum.

Seguindo o exemplo da pátria a qual a colonizou, a formação da Justiça Militar Brasileira tinha um modelo idêntico ao da Justiça Castrense de Portugal, sendo assim, os crimes cometidos pelo Exército e pela Armada eram julgados por seus superiores.

Foi em 1758, através de uma Carta Real de 28 de agosto, que houve a formação de Juntas de Justiça Militar nas capitânicas, sendo a primeira no Pará, com a finalidade de julgar réus militares. Seu objetivo maior era o andamento dos processos, já que as penas estavam sendo impostas tempos depois do crime ser cometido, e muito distante da onde tinha acontecido. As Juntas Militares eram em regra, temporárias.

No ano de 1808, com a chegada da família real no Brasil, foi instituído no dia 1º de abril, o Conselho Supremo Militar e de Justiça, através de um alvará (COLEÇÕES DAS LEIS, 1808, pg.7), que era dividido em Conselho Supremo Militar e Conselho Supremo de Justiça, e tinha sede no Rio de Janeiro, que era a capital do país na época.

O Conselho Supremo Militar tratava de questões administrativas, como, promoções, soldos, reformas, nomeações, lavratura de patentes, entre outras, tanto do Exército, quanto da Marinha. Suas sessões eram realizadas todas as segundas-feiras e sábados à tarde de cada semana. Ele era composto por oficiais-generais do Exército da Armada que já tinham o título de conselheiro de Guerra, ou do Almirantado em Portugal, e oficiais de uma outra força militar que eram nomeados vogais (COLEÇÕES DAS LEIS, 1808, pg.07).

O Conselho Supremo de Justiça tratava das questões jurídicas, era a última instância, já que a primeira

instância se tratava dos Conselhos de Guerras. Ele conhecia e decidia processos criminais que se formavam aos réus que gozavam de foro Militar, e também despachava em todos os processos que se remetiam ao Conselho para serem julgados em última instância. Suas sessões eram realizadas todas as quartas-feiras à tarde. Era composto por três juizes togados, sendo um deles relator e os outros dois adjuntos, além dos conselheiros de Guerra e do Almirantado e vogais, que, se assim o desejassem, poderiam participar das sessões (COLEÇÕES DAS LEIS, 1808, pg. 08).

Mesmo o alvará trazendo no artigo VIII, os Conselhos de Guerras, eles foram somente efetivados em 1813, eram órgão de primeira instância, fixados em todas as capitânicas, com exceção do Pará, Maranhão e dos Domínios Ultramarinos, pela grande distância e dificuldade da navegação, por isso elas tinham Juntas de Justiça Militar Permanente. A função dos Conselhos de Guerra era de, processar e julgar réus e colher provas, após isso, poderia o processo subir ao Conselho Supremo de Justiça, dependendo do caso concreto. Era composto por um oficial superior como presidente, cinco oficiais militares e um auditor como relator.

A colônia foi assumida em 1822 por D. Pedro I, criando as Comissões Militares, que funcionavam como tribunais, que excepcionalmente eram instituídos para julgar determinados conflitos, no caso de 1824, sendo a primeira Comissão a ser formada contada na história, e a mais famosa, foi constituída para julgar os líderes da Confederação do Equador, que era um movimento revolucionário com intenções separatistas que eclodido na província de Pernambuco.

Após D. Pedro I abdicar o trono, no ano de 1831, extinguir o Conselho Supremo Militar e Justiça e trazer a reforma da justiça militar, era um projeto oficial. Contudo,

se passaram anos e nunca foi aprovado pelo parlamento alguns dos códigos criados.

Vale destacar, que em 1835 no dia 26 de maio através de um Decreto, foi regulado as penas, que iam desde prisão até pena de morte, para o crime de deserção cometidos pelos oficiais do Exército e da Armada, e havia um órgão específico para tal julgamento chamado de Conselho de Investigação. Também, no ano de 1841 veio a surgir uma novainstituição chamada de Conselho de Inquirição, onde o objetivo era ter controle sobre a oficialidade, organizando os quadros dos oficiais do Exército e da Marinha.

Com tantos órgãos criados, eles se perdiam cada vez mais no seu real significado, e um sobrepunha sobre o outro, além do que, não tinha mais uma jurisdição bem definida, chegando ao extremo onde os Conselhos de Guerra e o Conselho Supremo Militar e Justiça poderiam ser invocados para julgar civis.

Finalmente no dia 15 de novembro de 1889 há a Proclamação da República e é instituído o Governo Provisório. Já no dia seguinte, foi tomada duas medidas através de um decreto em favor da Marinha, sendo, a abolição dos castigos corporais na Marinha e a redução do tempo de serviço militar obrigatório, para que se evitasse a influência de oficiais monarquistas contra o novo sistema estabelecido.

Ainda na intenção de impossibilitar uma possível revolta dos simpatizantes da monarquia, em 23 de dezembro foi instituído o decreto 85-A que tratava sobre a formação de uma comissão militar para julgar os crimes de pessoas envolvidas em conspiração contra a República e seu governo, podendo ser aplicadas as penas militares de sedição (Decreto nº 85-A, de 23 de dezembro de 1889).

Mais uma vez na tentativa de reformar a Justiça Militar, em janeiro do ano seguinte, o tenente-coronel, ministro de Guerra Benjamin Constant Botelho de

Magalhães nomeou uma comissão para elaborar um Código Penal Militar e um Código Processual Militar, porém, logo após, ele foi substituído pelo Ministro de Guerra Floriano Peixoto, e devido a isso os trabalhos foram interrompidos, continuando ainda os regulamentos herdados do antigo regime.

Também foi criado uma comissão para assuntos da Marinha, presidida pelo Almirante Eduardo Wandelkol, a fim de substituírem as penas exageradas e absurdas por penas mais brandas para que também fosse evitada uma possível revolução, com êxito, em 5 de novembro de 1890 foi instituído o Código Penal para a Armada.

Se passou mais um ano para que fosse promulgada a primeira Constituição republicana, mais precisamente no dia 24 de fevereiro de 1891 sob o governo do Marechal Floriano Peixoto que já vinha sendo formada desde de 1889. Ela previa a criação de um foro especial para julgar os delitos militares cometidos tanto por militares da terra quanto do mar, denominado de Supremo Tribunal Militar, contudo ainda não integrava efetivamente o judiciário chamando-o de órgão judicante vinculado às Forças Armadas, porém só em 18 de julho de 1893, por meio do decreto nº149, foi finalmente instituído o Supremo Tribunal Militar e extinto o Conselho Supremo Militar e de Justiça.

O STM, teve como primeiro presidente o marechal José Xavier de Noronha Camões de Albuquerque Sousa Muniz. Suas funções eram, responder a consultas da Presidência da República sobre economia, disciplina, estabelecer a forma processual militar; julgar em segunda e última instância os crimes militares, decidir pela expedição de patentes militares, entre outras, inclusive funções administrativas. Integrava o STM, 15 membros vitalícios, sendo oito do Exército, quatro da Marinha e três juizes togados, e sua sede ficava na capital federal.

Em 1920, para a estruturação da primeira instância e uma melhor administração, o território brasileiro foi dividido em 12 circunscrições, definido no Código de Organização Judiciária e Processo Militar. Desde então o Supremo Tribunal Militar foi deixado como instância de recurso, além de passar a ter apenas 9 membros vitalícios, sendo quatro civis, três do Exército e dois da Armada, e em primeira instância foi criada as Auditorias Militares instituídas em cada circunscrição. Dentro de cada Auditoria funcionava o Conselho de Justiça, que era composto por um auditor civil e quatro juízes militares, eles eram nomeados através de um sorteio entre o oficialato e serviam por seis meses, neste tempo eram dispensados dos serviços militares.

Com a crise cafeeira no Brasil, em 1930 Getúlio Vargas chega a presidência, e sob sua governança foi criado uma nova Constituição, conhecida como Constituição de 1934. Ela trouxe inovações para o sistema da justiça militar, pois antes o que era apenas um órgão judicante vinculado as Forças Armadas comandado por militares ou autoridades administrativas, passava a ser um integrante do poder judiciário, com autonomia e independência, e dirigido por agentes do próprio poder judiciário, dando então aos réus que por ali passavam garantias individuais, além de extinguir funções administrativas do Supremo Tribunal Militar. Também era trazido de forma clara, o foro especial destinado aos militares e assemelhados, além de que, em casos de crimes contra a segurança externa do país ou contra as instituições militares o foro seria estendido aos civis quando cometidos por eles.

Vale ressaltar a importância do ano de 1938 quando foi editado o Código de Justiça Militar, a fim de regular a justiça castrense e determinar o funcionamento da administração judiciária militar. Devido a isso os Conselho de Justiça que integravam o âmbito das

auditorias, foi dividido em três categorias diferentes: Conselho Especial de Justiça que julgava os oficiais, exceto os generais; Conselho Permanente de Justiça, para julgar os soldados; e Conselho de Justiça no campo dos Exércitos que julgava os desertores e insubmissos.

E em 1946, com a promulgação da nova carta constitucional manteve a mesma estrutura da justiça militar, contudo o Supremo Tribunal Militar, passou a chamar de Superior Tribunal Militar, por não poder haver dois Supremos Tribunais.

Com o apoio do STM, se deu o início a ditadura militar em 1964, e através do Ato Institucional de nº2 editado no ano seguinte foi ampliado o número de membros do Superior Tribunal Militar para 15 membros, sendo cinco civis, quatro do Exército, três da Marinha e três da Aeronáutica, foi dado também a competência da justiça militar para processar e julgar os crimes estabelecidos na Lei de Segurança Nacional.

Durante todos os anos da ditadura militar, a justiça militar teve uma presença muito efetiva, pois, não se tratava apenas de julgar crimes militares, mas também, de um descarado envolvimento com a política, sendo uma Justiça de Regime.

Após todos os anos da ditadura, houve a redemocratização do país e a elaboração da atual Constituição Federal, quemanteve a mesma estrutura da justiça militar da época da ditadura, até os dias de hoje.

### **3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE CRIME COMUM E CRIME MILITAR E A CLASSIFICAÇÃO DESTES EM PRÓPRIO E IMPRÓPRIO**

#### **3.1 Definição de crime comum**

A definição legal de crime no nosso país está descrita na Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº3.914/41) onde diz que:

“Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente coma pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

Esta definição é bem limitada, sendo que dela é trazido apenas a diferenciação entre as penas aplicáveis aos crimes e contravenções penais, portanto é deixado para a doutrina a conceituação de crime.

Portanto na doutrina encontramos a conceituação do crime sob os aspectos formal, material e analítico.

O aspecto formal é quando o fato ocorrido se identifica com o que está descrito na lei, ou seja, a conduta se adequa ao texto da lei como crime.

Já sob o aspecto material o crime ocorre quando há lesão sob um bem jurídico protegido pela norma, seja este bem patrimonial, ou, o mais importante deles, a vida.

Também é conceituado crime pelo aspecto analítico, onde é estabelecido através de um prisma jurídico os elementos estruturais para definir um crime. Diante disto, crime é todo fato típico (conduta, resultado, nexos de causalidade, tipicidade), ilícito (fato ilícito), e culpável, baseando no conceito tripartido, conforme diz o doutrinador Francisco Assis Toledo (1999, p.80):

“Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bem jurídico (jurídico-penal) protegido. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm

sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.”

Definindo a conduta praticado pelo agente como crime, este poderá ser classificado de acordo com a doutrina de várias formas, entre elas o crime comum.

O crime comum, é aquele em que a lei não exige nenhuma condição especial do agente passivo e ativo, portanto poderá ser praticado por qualquer pessoa contra qualquer pessoa, penalmente responsável, que lesa algum bem jurídico e são julgados pela Justiça Penal Comum, como exemplo temos o furto, roubo, entre outros. Ele se opõe aos crimes próprios e os de mão própria.

Os crimes próprios são aqueles em que a lei exige uma condição especial do autor do fato, podendo ser cometido apenas por algumas categorias de pessoas. O mais tradicional exemplo para essa classificação é o crime de peculato, onde se exige que o agente seja um funcionário público, conforme artigo 312 do Código Penal Brasileiro de 1940:

“Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.”

Os crimes de mão própria são aqueles que somente poderão ser praticados pelo sujeito em pessoa, sendo que não se admitirá nem mesmo a coautoria, como exemplo podemos citar o falso testemunho, onde apenas a pessoa como testemunha que jurou perante a autoridade dizer tão

somente a verdade, mente. Traz esse tipo penal, o artigo 342 do Código Penal Brasileiro de 1940:

“Art. 342- Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor, contador ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial ou em juízo arbitral.”

Vale destacar também, que os crimes comuns são definidos por exclusão, pois serão assim classificados quando não se trataram de um crime hediondo, de responsabilidade ou contravencional. São encontrados no Código Penal Brasileiro.

### 3.2 Definição de crime militar

Outra forma de classificação do crime, é o crime militar, que de acordo com o doutrinador Fernando Capez (2010, p.293) “ é o definido no Código Penal Militar (Dec.-lei n. 1.001/69). Pode ser próprio e impróprio. ”

Trazendo este conceito básico podemos observar que a legislação brasileira para definir o crime militar se baseia no aspecto formal, adotando o critério *ratione legis*, onde o legislador deixou taxativamente enumerados os crimes militares, por meio de lei, portanto crimes militares são os descritos no Código Penal Militar Brasileiro.

Contudo fazendo uma análise do artigo 9º e seus incisos do Código Penal Militar, é possível observar outros critérios indiretamente inseridos para definir o crime militar, sendo eles:

- *Ratione loci*, que é quando leva a conduta praticada em razão do lugar, no caso, sob a administração militar;
- *Ratione temporis*, praticado em razão do tempo, no caso do crime militar, praticado em tempo de paz, ou em tempos de guerra;

- *Ratione materiae*, exige que haja a qualidade de militar tanto no agente quanto no ato praticado por ele;
- *Ratione personae*, quando se exige que o agente ativo esteja na condição de militar;

Devemos estar atentos a definição do crime militar pois, não podemos associar crimes militares a crimes dos militares já que, também podem ser realizados por civis. A fim de uma melhor compreensão necessitamos seguir três passos para determinar um crime militar. Primeiramente é fundamental identificar o delito na Parte Especial do Código Penal Militar, feito isto, é preciso adequar tal conduta com os incisos do artigo 9º do CPM, e por último saber se o sujeito ativo poderá ser julgado pela Justiça Militar. Quanto a isso o João Barbalho Uchôa Cavalcanti, saudoso ex-ministro do STF diz:

“O foro militar não é propriamente para os crimes dos militares, sim para os crimes militares; porque, no militar, há também o homem, o cidadão, e os factos delituosos praticados nesta qualidade caem sob a alçada da (...) comunhão civil; o foro especial é só para o crime que ele praticar como soldado, ut miles, na frase do jurisconsulto romano. Affrontaria o princípio da igualdade e arredar-se da justiça ordinária o processo e julgamento de crimes comuns para uma jurisdição especial e de exceção.” (Constituição Federal de 1891, comentários por João Barbalho U. C., ed. Fac-similar, Brasília: Senado Federal – Secretaria de Documentação e Informação, 1992, p. 343, nota ao art. 77)

Podemos também diferenciar os crimes militares dos demais através do aspecto material, pois o bem

tutelado por este, é a administração militar e os princípios basilares da hierarquia e disciplina, como diz Santos (2009):

“ [...] trata-se de uma ordem normativa especial, com princípios e diretrizes próprias, na qual a maioria das disposições é aplicável somente aos militares e, excepcionalmente, a civis que cometem crimes contra as instituições militares, diferentemente do que ocorre no Direito Penal comum, em que as normas se aplicam a todos os cidadãos, indistintamente. O Direito Penal Militar é especial não só porque se aplica, em princípio, a uma classe ou categoria de indivíduos, mas também pela natureza do bem jurídico tutelado, as instituições militares, com princípios rígidos de hierarquia e disciplina, armadas e encarregadas de cuidar da defesa territorial, da ordem interna e da segurança das pessoas, em situações adversas ou que gerem conflitos. (SANTOS, 2009, p. 19). ”

E de forma analítica, ele se iguala aos demais, sendo necessário ser um fato típico, ilícito e culpável.

Quanto aos sujeitos dos crimes militares, veremos que eles poderão ser cometidos, pelos militares que estão na ativa, tratando defederais, sendo as Forças Armadas, ou estaduais como os Policiais Militares e Corpo de Bombeiros, de acordo com o previsto nos artigos 22 do Código Penal Militar e 42 da Constituição Federal.

“Art. 22. É considerado militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto,

graduação, ou sujeição à disciplina militar.”

“Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998) ”

Do mesmo modo poderão militares inativos cometerem crimes militares, eles são aqueles que já completaram o tempo de serviço, assim sendo de 30 anos para militares masculinos e 25 anos para as femininas, ou ainda aqueles que mesmo não completando o tempo tiveram problemas de saúde que os impediram de continuar exercendo suas atividades profissionais, e ficam submetidos ao que chamamos de Reforma Remunerada. Ainda há de que se falar dos civis, que também poderão ser sujeitos tanto ativos quanto passivos nos crimes militares, que são apenas cidadãos comuns.

Dito isto há ainda algumas peculiaridades que valem ser destacadas pois, diferem o crime militar do crime comum. Iremos enumerar algumas delas, vejamos:

-Punibilidade da tentativa: Nos crimes militares tentados, não uma redução na pena, apenas a possibilidade de uma redução ficando a critério do juiz definir o quantum, enquanto que nos crimes comuns, no Código Penal já vem descrito que na tentativa o crime será reduzido de 1 a 2 terços.

-Erro de direito: Quando há erro sobre a ilicitude do fato, que tenha sido inevitável ou invencível, exclui o dolo e o autor do fato ficará isento de pena, já nos crimes militares quando isto ocorre, o militar terá sua pena substituída por outra menos grave, ou a pena é atenuada, e

ainda, quando se tratar de crime contra o dever militar o erro de direito não é aplicado.

-Pena de morte em tempo de guerra: Diferenciando do Código Penal comum, o Código Penal Militar prevê pena de morte em tempos de guerra.

-Suspensão condicional da pena - SURSIS: Para conceder o Sursis ao sentenciado, é necessário que este não tenha sido reincidente em crime punível com pena privativa de liberdade, é também vedada a concessão deste benefício a vários crimes sem violência, como por exemplo de insubordinação ou desrespeito ao superior, entre outros.

-Crime continuado: Nos crimes militares continuados, as penas serão todas unificadas, quando se tratar de crime da mesma espécie, e se forem diferentes aplica-se a pena mais grave com aumento correspondente à metade do tempo das menos graves.

-Inaplicabilidade dos Juizados Especiais Criminais: De acordo com a lei dos Juizados Especiais, lei nº 9.099/95, não é aplicável este instituto ao Direito Penal Militar.

-Estado de necessidade justificante específico do comandante: No âmbito do Direito Penal Militar, está previsto uma outra forma de estado de necessidade, sendo que o comandante do navio, aeronave, ou praça de guerra na iminência de perigo ou grave calamidade possa compelir os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes.

### 3.3.1 Crime propriamente militar

Os crimes propriamente militares, ou essencialmente militares, são aqueles cujo o delito somente poderá ter como agente ativo os militares, jamais por civis, uma vez que consiste em violação de deveres praticados no exercício de sua função, nas palavras de Assis (2008):

“Em uma definição bem simples poderíamos dizer que crime propriamente militar é aquele que só está previsto no Código Penal Militar, e que só poderá ser cometido por militar, como aqueles contra a autoridade ou disciplina militar ou contra o serviço militar e o dever militar. Já o crime impropriamente militar está previsto ao mesmo tempo, tanto no Código Penal Militar como na legislação penal comum, ainda que de forma um pouco diversa (roubo, homicídio, estelionato, estupro, etc.) e via de regra, poderá ser cometido por civil. (ASSIS, 2008, p. 3).”

E ainda são somente aqueles que estão descritos no Código Penal Militar. Esta definição está exposta na segunda parte do inciso I, do art. 9º do CPM, quando diz dos crimes militares que não estão previstos no Código Penal comum. Como exemplo podemos citar o crime de deserção, art. 187 do Código Penal Militar Brasileiro:

“Art. 187. Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada.”

Desta forma Jorge Alberto Romeiro define o crime militar próprio como:

“Crime militar próprio seria só aquele que por militar pode ser praticado, pois consiste na violação dos deveres restritos, que lhe são próprios, serias o crime funcional da profissão militar, como por exemplo a deserção. (Art.187), a covardia

(art. 363), o crime de dormir em serviço (art. 203), etc.”

A Constituição Federal Brasileira de 1988, vem em sua art. 5º inciso LXI, trazer os crimes propriamente militares como uma forma de exceção a prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, ou seja, o militar será preso mesmo sem uma ordem judicial ou flagrante delito quando cometer um crime propriamente militar, sendo assim uma exceçãoas hipóteses de violaçãodo direito fundamental de liberdade. Enfatizando ainda que poderá ser detido cautelarmente, por 30 dias pelo encarregado do Inquérito Policial Militar, por cometer um delito essencialmente militar. Segue Jurisprudência:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA SENTENÇA DENEGATÓRIA DE HABEAS CORPUS. ART. 5º, LXI, CF/88. PRISÃO MILITAR NOS CASOS DE TRANSGRESSÃO MILITAR. NECESSIDADE DO CONTRADITÓRIO COM AS INFORMAÇÕES DA AUTORIDADE IMPETRADA. 1. É nula a sentença que não permite à autoridade impetrada oportunidade para prestar informações a respeito dos fatos descritos, notadamente diante da presença dos requisitos para a liminar de salvo conduto em favor do paciente. 2. A presença do “fumus boni juris” decorre da circunstância de que, com a Constituição Federal de 1988, notadamente no seu art. 5º, inc. LXI, para fins de prisão administrativa em razão de transgressão militar ou crime propriamente militar, deve ser imperativo que haja definição em lei. 3. Questão de ordem para o fim de anular a sentença,

com a concessão “exofficio” de liminar para que o paciente não seja preso até decisão final do habeas corpus”. (TRF, 2004, on-line)

Há de se falar ainda que também podemos diferenciar os crimes propriamente militares quando falamos de reincidência, pois neles não a incidem, como descrito no art. 64, inciso II do Código Penal Brasileiro de 1940:

“Art. 64 - Para efeito de reincidência: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

II - Não se consideram os crimes militares próprios e políticos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) ”

Vejamos por tanto, um exemplo de um julgado onde o crime é propriamente militar:

“EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. DPU. DESERÇÃO. PERDA DO STATUS DE MILITAR DO ACUSADO POSTERIOR AO RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. NÃO OCORÊNCIA. É proibida a criação de hipóteses de extinção da punibilidade ou de encerramento de ações penais com base em situações não previstas no ordenamento jurídico militar. O status de militar da ativa constitui requisito de procedibilidade e não de prosseguibilidade do processo, nos termos § 2º do art. 457 do CPPM. Inexiste qualquer previsão na legislação castrense que ampare interpretação diversa. Estando o denunciado pelo cometimento do crime de

Deserção regularmente integrado a uma das FFAA por ocasião do recebimento da peça acusatória, a posterior exclusão do Serviço Ativo não extingue a sua punibilidade. Súmula nº 12/STM. Embargos rejeitados. Decisão por maioria”. (STM, 2018, on-line)

### 3.3.2 Crime impropriamente militar

Os crimes impropriamente militares são aqueles que se encontram tanto no Código Penal Militar quanto no Código Penal comum. São por natureza comuns, podendo ser cometido por qualquer pessoa, civis ou militares tanto os ativos quanto inativos, mas que quando praticados por militares em algumas condições, são considerados crimes militares. São exemplo os crimes de furto, lesão corporal, roubo, entre outros.

A redação do art. 9º inciso II e III do CPM traz as hipóteses dos crimes impropriamente militares, sendo que no inciso II trata daqueles cometidos por militares, e o inciso III, dos cometidos tanto por civis quanto militar reformado ou na reserva. Desse modo faremos uma breve análise de cada circunstância.

-Militar contra Militar: Quando ocorre crime entre militares na ativa, ainda que de férias, folga ou licença, responderá este a Justiça Castrense, ressaltando ainda que quando se tratar de um militar Federal e um Estadual, a competência se dará em razão do sujeito ativo. Art. 9º, inciso II, alínea a “por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;”

-Militar contra reformado ou civil: Crimes praticados por militares contra um militar inativo (reformado ou da reserva), ou contra um civil, sob um lugar que esteja sujeito a administração militar, como o

quartel. Art. 9º, inciso II, alínea b “por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;”

-Militar em Serviço: Aqui podemos observar que se trata do militar que está atuando em razão de sua função, quando estiver realizando alguma ordem, ou em serviço. Neste período se cometerem algum delito contra qualquer pessoa, seja civil, reformado ou da reserva, cometerá um crime militar, independentemente do local do mesmo. Inclui-se aqui também o militar que mesmo estando de folga intervém em alguma prática delituosa que terceiro esteja sofrendo. Art. 9º, inciso II, alínea c e d “por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;” “por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;”

-Militar da ativa contra patrimônio ou administração militar: O militar deverá estar na ativa, e cometer um crime contra o patrimônio das Forças Armadas e Polícia Militar, que são considerados bens do Estado, e ainda estará enquadrado nessa circunstância bens que mesmo sendo público, civil ou privado estejam sob a administração militar. Art., 9º, inciso II, alínea e “por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;”

- Crimes patrimoniais e contra a administração militar: Quando um civil, ou um militar inativo comete um crime contra o patrimônio do Estado, sendo das Forças Armadas e ainda aqueles que também estejam sob a administração do mesmo. Art. 9º, inciso III, alínea a “contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;”

-Lugar militarmente administrado e militar da ativa: Crime praticado por um civil ou militar inativo contra um militar ativo, ou quando pratica contra alguém que esteja sob a administração militar, podendo ser até um civil funcionário da Justiça Militar ou do Ministério Militar que estejam no exercício de sua função. Além do que o crime deverá ter sido praticado em local que seja da administração militar. Art. 9º, inciso III, alínea b “em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;”

-Militares em serviço: O militar estando em serviço, seja em formaturas, que o é ato de alinhamento da tropa, em período de prontidão, vigilância, observação, entre outros, quando cometido crime contra ele neste período por civil ou militar inativo, será um crime militar. Art. 9º, inciso III, alínea c “contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;”

-Militares em atividade funcional e designadas: Nesta situação temos o militar que está exercendo uma atividade em razão de sua função, mas aqui não se exige que o local do crime seja militarmente administrado. Art. 9º, inciso III, alínea d “ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.”

Como visto, os crimes militares também poderão ser cometidos por civis, contudo vale destacar que só serão julgados pela Justiça Militar quando forem praticados contra os militares Federais, ou seja, contra as Forças

Armadas, sendo que será competente a Justiça Militar da União para processar e julgar tal delito.

Ainda vale ressaltar que quando se tratar de crimes dolosos contra a vida cometidos por militar contra um civil, será de competência do Tribunal do Júri, contudo se o militar for das Forças Armadas, será julgado pela Justiça Militar da União quando se tratar de alguma das hipóteses, encontradas no art. 9º, parágrafo 2º e seus incisos:

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

[...]

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

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

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

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

Por fim, basta apenas um exemplo para melhor fixação do conteúdo, portando segue abaixo duas jurisprudências de um crime impropriamente militar cometido por civil, e outro cometido por um militar:

“EMENTA: APELAÇÃO. ESTELIONATO. Art. 251 do CPM. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. Apelo MINISTERIAL. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E DO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA REJEITADAS. PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL PARA CONDENAR OS RÉUS. Civis que auferiram vantagens indevidas por meio de saques e transferências bancárias da conta de pensionista falecida. A competência da Justiça Militar da União é atribuída pela Constituição Federal de 1988, estando plenamente válida, e não causando dissenso entre os Tribunais Pátrios. O Código Penal Militar ao definir os crimes militares estabeleceu no artigo 9º as hipóteses de cometimento de crime militar, inclusive por civis, em tempo de paz. A Lei nº 8.457/92 atribui ao Conselho Permanente de Justiça a competência para o julgamento de civis. Esta Corte tem entendimento pacífico acerca da impossibilidade de julgamento monocrático pelo Juiz-Auditor enquanto não operada alteração legislativa. Precedentes. Autoria e materialidade comprovadas, tanto pela confissão dos Acusados como pela prova pericial. Não demonstrada a alegação de que os valores foram revertidos integralmente para o tratamento de uma das filhas da pensionista falecida, a caracterizar o estado de necessidade. Os requisitos ínsitos no art. 39 do CPM, consubstanciados no perigo atual ou iminente, inevitável e não provocado pelo agente, denotam ser medida excepcional o

sacrifício do bem tutelado. Além da aludida situação de perigo, deve estar presente a inexigibilidade de conduta diversa. Dispondo o agente de outros meios, não há como falar na alegada excludente de culpabilidade. Condenação que se impõe. Apelo Ministerial provido. Unanimidade”. (STM, 2018, on-line)

“HABEAS CORPUS. FURTO. MILITAR. SUBTRAÇÃO DE CARTÃO BANCÁRIO E SENHA DE COLEGA DE FARDA NO INTERIOR DE UNIDADE MILITAR. SAQUE DE CONTA BANCÁRIA EM LOCAL ESTRANHO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. AUSÊNCIA DE LIAME COM A FUNÇÃO MILITAR E ATRIBUIÇÕES LEGAIS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. MILITARES ENVOLVIDOS EM SITUAÇÃO DE ATIVIDADE. ATRAÇÃO DO FORO CASTRENSE. CRITÉRIO DE COMPETÊNCIA RATIONE PERSONAE. ORDEM DENEGADA. Tratando-se de furto envolvendo militar da ativa contra miliciano na mesma situação, a tese de incompetência da JMU para julgar o feito em face de o delito se consumir em local fora da administração militar e de não haver liame com a função militar e suas atribuições legais não encontram ressonância na previsão legal insculpida no artigo 124 da Constituição Federal, c/c o artigo 9º, inciso II, alínea "a", da lei substantiva penal castrense. Nesses casos, desafia-se a competência desta justiça especializada em razão da pessoa, não importando o local da prática do delito ou se havia conexão entre a conduta do agente e suas funções militares. Ordem denegada. Decisão unânime”. (STM, 2017, on-line)

#### **4 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E DA JUSTIÇA MILITAR DOS ESTADOS FEDERADOS E DO DISTRITO FEDERAL**

O Estado é composto por três poderes, sendo eles o Poder Legislativo, Judiciário e Executivo. Limitaremos a dizer que o Poder Legislativo é aquele responsável pela elaboração das leis, enquanto que o Executivo tem o poder de administrar os interesses públicos obedecendo as leis, quanto ao Judiciário é aquele que tem como principal função defender o direito dos cidadãos brasileiros.

Com enfoque no Poder Judiciário podemos dizer que é uma grande organização dividida em diversos tribunais. Essa divisão é feita através do que chamamos de competência pois, ela limita a matéria de cada tribunal definindo assim os limites de jurisdição dos quais cada um poderá exercer.

No Direito Penal, competência deve obedecer alguns critérios, sendo eles, o critério material dividida em razão da matéria, da função e do lugar da infração, e o critério funcional, que se classifica em fase do processo, objeto do juízo e grau de jurisdição.

Partindo do critério material, em razão da função ela será fixada de acordo com a função exercida pelo agente, como deputados federais e senadores. Já em razão da matéria a competência penal pode ser tanto da Justiça Especial, quanto da Justiça Comum. A Justiça Penal Especial é separada em Justiça Eleitoral e Justiça Militar. E finalmente estabelecida com base no lugar da infração que é a única competência relativa, pois poderá ser determinada pelo local do cometimento do crime ou pelo local do domicílio do réu.

O critério funcional é aquela distribuição feita pela lei que, em um mesmo processo diversos juízes de

instâncias diferentes ou até mesmo iguais praticam determinados atos. Será em relação as fases do processo quando dois ou mais órgãos jurisdicionais de uma mesma instância praticam determinados atos. Quanto ao objeto do juízo será determinado quando o conhecimento e julgamento do processo for submetido a órgãos diferentes. E ainda quanto ao grau de jurisdição, poderá ser inferior quando se tratar de tribunais correspondente a primeira instância, ou superiores, que são aqueles pertencentes a segunda instância, podendo ter competência originaria, que são os casos de foro especial por prerrogativa de função, ou competência em razão de recurso.

Como visto a Justiça Penal Militar se trata de uma Justiça Especial, pois está submetida a uma legislação processual própria onde são julgados os militares e assemelhados por infrações militares. Conforme tutelado no art.124 da Constituição Federal de 1988:

“Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.”

A Justiça Penal Militar é dividida em Justiça Militar da União e Justiça Militar Estadual.

#### **4.1 Competência da Justiça Militar da União**

Compete a Justiça Militar da União ou, Justiça Militar Federal, julgar os crimes militares cometidos pelos militares das Forças Armadas, compreendidos nos integrantes do Exército, Marinha e Aeronáutica, e também de processar e julgar crimes cometidos por civis contra a Administração Militar Federal.

A Justiça Militar Federal tem, portanto, a competência para julgar militares e civis. Contudo, cumpre observar que em razão da especificidade da jurisdição castrense, ela somente julga delitos militares, sendo que quando houver concurso de crimes militares com crimes comuns deve haver uma separação que é obrigatória de processos.

Nesse ponto há de se ressaltar que não compete à Justiça Militar Federal o julgamento de crimes políticos e contra a segurança externa do país, porquanto, à luz do artigo 109, inciso IV, primeira parte, da Constituição Federal, serão de competência da Justiça Federal. Vejamos:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;”

Como visto a Carta Magna não define o que seria um crime político ficando tal tarefa, para ser feita pela doutrina e pela jurisprudência, enquanto que os crimes contra a segurança externa do país estão estabelecidos na lei 7.170/83.

A corrente majoritária da doutrina diz que os crimes políticos estão tipificados também na lei 7.170/83, e o STF atualmente entende ser necessário o dolo específico para que se aperfeiçoe a infração política. Segue jurisprudência a esse respeito:

“CRIME POLÍTICO. COMPETÊNCIA. INTRODUÇÃO, NO TERRITÓRIO NACIONAL, DE MUNIÇÃO

PRIVATIVA DAS FORÇAS ARMADAS, PRATICADO POR MILITAR DA RESERVA (ARTIGO 12 DA LSN). INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO POLÍTICA: CRIME COMUM. PRELIMINARES DE COMPETÊNCIA: 1ª) Os juízes federais são competentes para processar e julgar os crimes políticos e o Supremo Tribunal Federal para julgar os mesmos crimes em segundo grau de jurisdição (CF, artigos 109, IV, e 102, II, b), a despeito do que dispõem os artigos 23, IV, e 6º, III, c, do Regimento Interno, cujas disposições não mais estão previstas na Constituição. 2ª) Incompetência da Justiça Militar: a Carta de 1969 dava competência à Justiça Militar para julgar os crimes contra a segurança nacional (artigo 129 e seu § 1º); entretanto, a Constituição de 1988, substituindo tal denominação pela de crime político, retirou-lhe esta competência (artigo 124 e seu par. Único), outorgando-a à Justiça Federal (artigo 109, IV). 3ª) Se o paciente foi julgado por crime político em primeira instância, esta Corte é competente para o exame da apelação, ainda que reconheça inaplicável a Lei de Segurança Nacional. MÉRITO: 1. Como a Constituição não define crime político, cabe ao intérprete fazê-lo diante do caso concreto e da lei vigente. 2. Só há crime político quando presentes os pressupostos do artigo 2º da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/82), ao qual se integram os do artigo 1º: a materialidade da conduta deve lesar real ou potencialmente ou expor a perigo de lesão a soberania nacional, de forma que, ainda que a conduta esteja tipificada no artigo 12 da LSN, é preciso que se lhe agregue a motivação política.

Precedentes. 3. Recurso conhecido e provido, em parte, por seis votos contra cinco, para, assentada a natureza comum do crime, anular a sentença e determinar que outra seja prolatada, observado o Código Penal.” (STF – RC 1468 segundo, Rel. Min. ILMAR Galvão, Rel. P/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ 16.8.2000)

À Justiça Militar Federal também compete julgar crimes cometidos a bordo de navios e aeronaves militares, quanto a isso o Código Penal Militar estabeleceu:

“Art. 89. Os crimes cometidos a bordo de navio ou embarcação sob comando militar ou militarmente ocupado em porto nacional, nos lagos e rios fronteiriços ou em águas territoriais brasileiras, serão, nos dois primeiros casos, processados na Auditoria da Circunscrição Judiciária correspondente a cada um daqueles lugares; e, no último caso, na 1ª Auditoria da Marinha, com sede na Capital do Estado da Guanabara.”

“Art. 90. Os crimes cometidos a bordo de aeronave militar ou militarmente ocupada, dentro do espaço aéreo correspondente ao território nacional, serão processados pela Auditoria da Circunscrição em cujo território se verificar o pouso após o crime; e se este se efetuar em lugar remoto ou em tal distância que torne difíceis as diligências, a competência será da Auditoria da Circunscrição de onde houver partido a aeronave, salvo se ocorrerem os mesmos óbices, caso em que a competência será da Auditoria mais próxima da 1ª, se na Circunscrição houver mais de uma.”

Quanto a estrutura da Justiça Militar da União os tribunais de 1º instância são chamados de Auditorias Militares, onde estão espalhadas por todo território brasileiro, existentes no totalde 19 Auditorias Militares, e são organizadas geograficamente em 12 circunscrições Militares. Há também a Auditoria de Correição que tem como função fiscalizar e orientar, seja juridicamente ou administrativamente, ela tem jurisdição em todo território nacional, e nela opera o juiz-auditor corregedor.

As Auditorias militares é composta pelos Conselhos de Justiça que são formados por um Juiz de Direito também chamado de Juiz Auditor, sendo instituído através de concurso de provas e títulos, além de quatro oficiais militares que atuam por um período de três meses, após isto serão chamados novos oficiais para tal função. É dividido em Conselho Permanente de Justiça e Conselho Especial de Justiça, o primeiro deles processa e julga os acusados que são civis e que não sejam oficiais, ou seja, praças (soldado, cabo, sargento, subtenente ou suboficial), enquanto que o segundo, processa e julga crimes cometidos por oficiais (Tenentes, Capitães, Majores, e demais oficiais superiores), com exceção dos generais que serão processados diretamente no Superior Tribunal Militar.

A nível de 2º instância temos o Superior Tribunal Militar, que julgam os recursos oriundos das Auditorias Militares, além de julgar os oficiais generais, e também matérias provenientes do seu Regimento, e está localizada em Brasília, no Distrito Federal, e tem jurisdição em todo o território nacional. É constituído por 15 membros vitalícios que são nomeados pelo Presidente da República em exercício, e aprovados pelo Senado Federal, sendo que três deles são Oficiais-Generais da Marinha, quatro Oficiais-Generais do Exército e três Oficiais-Generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco civis. Os cinco civis são escolhidos entre

brasileiros com mais de 35 anos e menos de 65 anos de idade, dos quais três deles são advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, e dois são por escolha paritária entre Juízes de Direito e membros do Ministério Público Militar.

O Tribunal é composto pelos seguintes órgãos, o Plenário, O Presidente, e o Conselho de Administração.

Compete ao Plenário processar e julgar diversas matérias, estabelecidas no artigo 4º do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, dentre todas, a título de conhecimento, é pertinente destacar o inciso I deste mesmo artigo, vejamos:

“Art. 4º - Compete ao Plenário:

I - Processar e julgar originariamente:

- a) os Oficiais-Generais das Forças Armadas, nos crimes militares definidos em lei;
- b) os pedidos de Habeas-corpus e Habeas-data, nos casos permitidos em lei;
- c) os Mandados de Segurança contra seus atos, os do Presidente e de outras autoridades da Justiça Militar;
- d) a Revisão dos processos findos na Justiça Militar;
- e) a Reclamação para preservar a integridade da competência ou assegurar a autoridade de seus julgados;
- f) a Representação para Declaração de Indignidade ou de Incompatibilidade para com o Oficialato;
- g) a Representação formulada pelo Ministério Público Militar, Conselho de Justiça, Juiz-Auditor ou Advogado, no interesse da Justiça Militar;
- h) os procedimentos administrativos para aplicação das penas disciplinares de advertência ou censura e decretação das de remoção, disponibilidade ou perda do cargo de Magistrado da Justiça Militar,

excluído, no último caso, o Magistrado vitalício;”

Há de se falar ainda que o Plenário terá a colaboração de comissões permanentes e temporárias. Sendo as comissões permanentes, a Comissão de Regimento Interno, a Comissão de Jurisprudência, a Comissão de Direito Penal Militar, que são integradas por três Ministros efetivos e um suplente, e presididas pelo Vice-Presidente, se dela fizer parte, ou pelo Ministro mais antigo. Seus membros serão eleitos pelo Plenário, pelo prazo de dois anos, preferencialmente na primeira sessão administrativa após serem empossados o Presidente e o Vice-Presidente.

Quanto as comissões temporárias, elas serão criadas, quando necessário, pelo Presidente do Tribunal, ouvindo o Plenário, podendo ter qualquer número de membros, em função da missão, e se extinguem tão logo alcançado o fim a que se destinem.

O Presidente, é escolhido pelo Plenário dentre os seus membros, ele é eleito por um mandato de 2 anos, a contar de sua posse, sendo vedada a reeleição, deve ser observado ainda um critério de rodizio entre os Ministros militares oriundos da Marinha, do Exército, da Aeronáutica e os Ministros civis, nesta ordem. Vale destacar que juntamente com o Presidente será eleito também o Vice-Presidente, com a mesma duração de mandato, e que quando o Presidente for um Ministro Militar, o Vice-Presidente deverá ser Ministro Civil, e vice-versa.

São algumas atribuições dadas ao Presidente, como dirigir os trabalhos do Tribunal, presidir as sessões plenárias e proclamar as decisões, aplicar penas disciplinares, reconsiderá-las, relevá-las ou revê-las, na forma da lei, conceder licença e férias aos servidores que lhe são diretamente subordinados, entre outras tantas.

Enquanto que ao Vice-Presidente fica atribuído as seguintes funções conforme artigo 7º do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, observemos:

“Art. 7º - São atribuições do Vice-Presidente:

I- Substituir o Presidente nas licenças, férias, faltas e impedimentos, assumindo a Presidência, em caso de vaga, até a posse do novo titular, na forma deste Regimento;

II- Exercer as funções judicantes e relatar os processos que lhe forem distribuídos;

III- Desempenhar atribuições delegadas pelo Presidente do Tribunal. ”

Quanto ao Conselho de Administração, a ele cabe decidir sobre as matérias administrativas da Justiça Militar. Ele é composto pelo Vice-Presidente e por mais três Ministros, escolhidos preferencialmente entre os mais antigos, observada, sempre que possível, a relação de um Ministro civil e dois Ministros militares, e presidido pelo Presidente do Tribunal, sendo ainda que o Presidente juntamente com o Vice-Presidente serão integrados automaticamente, assim que eleitos, enquanto que os demais serão eleitos pelo Plenário para um mandato de um ano, podendo trinta dias antes do término dos mandatos, admitir a recondução por igual período. Ainda é considerável dizer que dos atos e decisões do Conselho de Administração não cabe recurso administrativo. Quanto a sua competência, vejamos o artigo 16º do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar:

“Art. 16 - Compete ao Conselho de Administração:

I - Propor a organização das Secretarias e dos Serviços Auxiliares do Tribunal e das Auditorias;

II - Dispor sobre as Funções Comissionadas de Direção, Chefia, Assessoramento e Assistência, a forma do respectivo provimento e da remuneração, dentro dos limites estabelecidos em lei;

III - Aprovar os critérios para promoção dos servidores das Secretarias e dos Serviços Auxiliares do Tribunal e das Auditorias;

IV - Deliberar, quando lhe seja delegado pelo Plenário, sobre a concessão de licenças, férias e outros afastamentos a Magistrados de primeira instância e a servidores que sejam imediatamente vinculados ao Plenário do Tribunal, bem como sobre o provimento de cargos dos Serviços Auxiliares;

V - Deliberar sobre outras matérias administrativas e referentes aos servidores do Tribunal e das Auditorias que, por sua relevância, eventualmente, lhe sejam submetidas pelo Presidente do Tribunal;

VI - Recomendar, eventualmente, ao Presidente do Tribunal, a instauração de Sindicância ou Processo Administrativo Disciplinar envolvendo servidor da Justiça Militar;

VII - Dispor, em ato próprio, sobre o seu funcionamento. ”

Podemos trazer ainda sob o enfoque do Superior Tribunal Militar, o Ministério Público Militar, que funcionará perante o Tribunal como representante do Ministério Público, o Procurador-Geral da Justiça Militar, ou Subprocurador-Geral da Justiça Militar especialmente designado. Ele irá se manifestar nas possibilidades que a Lei trazer, entre elas quando for atuar como titular da ação penal tendo os mesmos poderes e ônus que as partes, além de poder ter vista aos autos em algumas situações, como por exemplo nas Apelações, nos Conflitos de Competência e de Atribuições, nas Correições Parciais, nos

Desaforamentos, nos Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado que não houver formulado, entre outros. O representante do Ministério Público Militar também poderá pedir preferência, justificadamente, para julgamento de processos em pauta.

Também funcionará junto do Tribunal os Defensores Públicos designados pelo Defensor Público-Geral da União e as suas intimações serão feitas pessoalmente.

#### **4.2 Competência da Justiça Militar dos Estados Federados e do Distrito Federal**

Para a Justiça Estadual Militar a sua competência também está relacionada aos jurisdicionados, como na Justiça Militar da União, mas como já visto, a segunda é aquela que julga os militares federais, enquanto que a primeira é aquela que julga as Forças Auxiliares, ou seja, os militares estaduais, sendo eles os policiais e bombeiros militares, incluindo ainda os militares da reserva, reformados, e os excluídos que tenham cometido crimes quando estavam na ativa.

Tem também a competência de julgar ações contra atos disciplinares militares, previstas no Código de Ética e Disciplina. Essa extensão de competência se deu devido a Emenda Constitucional nº 45, de 28 de dezembro de 2004, conhecida como a reforma do judiciário, antes tal situação era julgada da Vara da Fazenda Pública.

Vale reafirmar, que apenas a Justiça Militar da União julga civis, mesmo que excepcionalmente, enquanto que na Justiça Militar Estadual quando o crime cometido contra civil ou, quando cometido por civil, será a competência da Justiça comum. Vejamos tal disposição no art. 125 da Constituição Federal, em seu § 4º:

“Art.125

[...]

§4º. Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.”

Já em relação a competência territorial da Justiça Militar Estadual, ela é definida no local onde o policial militar estadual desempenha suas funções, de forma independente do local onde o crime for realizado.

Quanto a competência de julgar ações contra atos disciplinares, deve ser observado que são atos administrativos que possuem natureza peculiar, e não se pode entender que qualquer ato administrativo que envolva um militar tenha natureza disciplinar, mas são aqueles que envolvem a preservação da disciplina militar que é pilar das instituições militares.

A Lei Estadual nº 14.310/2002, indica em seu art. 6º, §2º os critérios para estabelecer o que se entende por disciplina militar, observamos:

“Art. 6º – A hierarquia e a disciplina constituem a base institucional das IMEs.

[...]

§ 2º – A disciplina militar é a exteriorização da ética profissional dos militares do Estado e manifesta-se pelo exato cumprimento de deveres, em todos os escalões e em todos os graus da hierarquia, quanto aos seguintes aspectos:

- I – Pronta obediência às ordens legais;
- II – Observância às prescrições regulamentares;
- III – emprego de toda a capacidade em benefício do serviço;

IV – Correção de atitudes;  
V – Colaboração espontânea com a disciplina coletiva e com a efetividade dos resultados pretendidos pelas IMEs.”

A disciplina é um conjunto de normas de conduta, constituído por direitos e deveres, que os militares devem observar no cumprimento do serviço e, em casos limitados, fora dele.

Essa disciplina está inteiramente ligada ao poder hierárquico exercido entre os militares, sendo o superior com poder de mando ao subordinado, esclarece o prof. José Carvalho dos Santos Filho (2005, p. 48-49) que:

“A disciplina funcional resulta do sistema hierárquico. Com efeito, se aos agentes superiores é dado o poder de fiscalizar as atividades dos de nível inferior, deflui daí o efeito de poderem eles exigir que a conduta destes seja adequada aos mandamentos legais, sob pena de, se tal não ocorrer, serem os infratores sujeitos às respectivas sanções. Disciplina funcional, assim, é a situação de respeito que os agentes da Administração devem ter para com as normas que os regem, em cumprimento aos deveres e obrigações a eles impostos.”

Segue julgado referente ao processo administrativo disciplinar:

“APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – REINTEGRAÇÃO DE POLICIAL MILITAR NOS QUADROS DA CORPORACÃO – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EIVADO DE VÍCIOS – DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

– DISPENSA JUSTIFICADA – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO – ARTIGO 125 , §§ 4º E 5º , DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – AÇÃO PROPOSTA CONTRA ATO DISCIPLINAR – RECONHECIMENTO – DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL – PRECEDENTES DA CORTE – ANULAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS – DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA – RECURSO PREJUDICADO - Em vista de a demanda ter como objeto a declaração de nulidade de ato disciplinar, aplicada a servidor estadual militar – Policial Militar -, a competência para processamento e julgamento da ação é da Justiça Militar Estadual, consoante o disposto no art. 125 , §§ 4.º e 5.º , da Constituição da República. Precedentes deste Órgão Fracionário; - Assim, como se trata de competência em razão da matéria, absoluta, portanto, ao magistrado caberá reconhecer a sua incompetência de ofício, conforme a regra da Kompetenzkompetenz; - Ante o exposto, declaro a incompetência racione materiae deste juízo, nos termos do artigo 125 , §§ 4º e 5º, da Magna Carta, remetendo os autos à Vara da Auditoria Militar do Estado do Amazonas; - Anulação de todos os atos decisórios, inclusive da Sentença ora recorrida, nos termos do artigo 133 , § 2º , do CPC”. (TJ-AM, 2014, on-line)

Quanto a estrutura da Justiça Militar Estadual, em primeira instância ela é composta pelas Auditorias Militares, já em segunda instância estão os Tribunais da Justiça Militar, que mesmo com sua definição na Constituição Federal,

existem apenas três, um situado em Minas Gerais, outro em São Paulo, e o terceiro no Rio Grande do Sul, e nos outros estados funcionam as Câmaras Especializadas dos Tribunais de Justiça que desempenham esse papel.

As auditorias militares, são o que chamamos mais comumente de “Vara”, portanto elas são compostas por serventuários, além de um Juiz de Direito, chamado também de Juiz-Auditor, e ainda um outro Juiz de Direito com a função de substituto, e funciona também os Conselhos de Justiça.

Atua junto a auditoria militar o procurador militar, que exerce a mesma função do promotor de justiça, sendo o de defender interesses públicos gerais, como também específicos, basilares da estrutura militar, tratando-se da hierarquia e disciplina, eles se manifestam como autor nas ações penais ou como um terceiro interessado.

Quanto ao Juiz-Auditor, cabe a ele apenas as funções de conduzir de ofício a Auditoria Militar, enquanto que a de processar as ações cabe aos Conselhos de Justiça, sendo eles permanentes e especial. Esses colegiados são compostos por quatro oficiais das Armas, chamados de juízes militares e um juiz togado que é o próprio Juiz-Auditor, e a sua presidência se dá para aquele militar que tenha maior patente, vale ressaltar que todos os juízes militares devem ser hierarquicamente superiores ao réu.

Já em relação aos Conselhos de Justiça, divididos em permanentes e especial, ao primeiro deles trabalha em processos contra praças, sendo eles os soldados até os aspirantes a oficiais, há, portanto, um rodizio de três meses entre os juízes para compor tal conselho. Quanto ao segundo, ele julga os oficiais, desde os tenentes até os coronéis e devido todos os membros terem que ser de patente superior ao réu, para cada processo se forma um conselho específico, que dá sequência ao procedimento até o seu fim.

Por último, as ações chegam até as auditorias por meio de inquéritos policiais instaurados pelo oficialato superior investido de autoridade de polícia judiciária militar.

## **5 CASAL DE MILITARES E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FRENTE A LEGISLAÇÃO**

É fato que as mulheres ao longo da história do mundo foram consideradas como o elo mais fraco sendo sempre inferiorizada em relação aos homens, tendo que lutar por seus direitos de igualdade.

Mas, a história demonstra que ao longo dos anos a mulher foi ganhando seu espaço, incluindo nas forças militares, e atualmente faz trabalhos que os homens exercem dentro do universo militar, além de até poder comandá-los. Como um grande exemplo temos na Marinha do Brasil a médica Dalva Maria Carvalho Mendes que se tornou a primeira mulher da história a ocupar um cargo de oficial general das Forças Armadas e recebeu a platina de contra-almirante.

Dessa forma, como é sabido, as relações amorosas são advindas também da convivência em âmbito de trabalho, portanto é natural encontrar, casais de militares que vivem desde de um romance até um casamento.

Contudo é importante ressaltar, que quando dizemos casais, não se trata apenas de pessoas na constância de um casamento, abrangendo aos namorados, companheiros que vivem em união estável, e até de uma relação homossexual feminina.

Dito isto é possível ocorrer a violência doméstica contra essas mulheres, e seria ingênuo dizer que pela função ao qual exercem não estariam submetidas a tal situação desprezível, pois é uma realidade transparente em nossa sociedade, fazendo vítimas de várias classes sociais,

etnia, crença, orientação sexual, e profissional, incluindo as que são militares.

Diante deste cenário, surgem grandes discussões, quanto a classificação do crime em comum ou militar e consequentemente em qual justiça deverá ser processado e julgado esse tipo de ação. E devido a isso surgiram três teorias, Teoria do Crime Militar, Teoria do Crime Comum, Teoria Mista ou Conciliadora.

A Teoria do Crime Militar é aquela que com uma breve análise do art. 9º alínea “a” do Código Penal Militar, destaca que militar na ativa que comete crime contra outro militar na mesma situação, ainda que no âmbito familiar, estariam diante de um crime militar, afastando outras leis, inclusive as medidas protetivas e inovadoras da Lei Maria da Penha.

Nesse âmbito que defende a justiça militar, as mulheres não consideradas mais frágeis que os homens, em condição de hipossuficiência, tendo como privilegio uma tutela especial pela função a qual exerce, e ela não se amoldaria as outras mulheres “comuns”.

Vários estudiosos se baseiam nessa teoria, dentre eles Guilherme de Souza Nucci, Enio Luiz Rosseto, Adriano Marreiros, Guilherme Rocha e Ricardo Freitas, dizendo que não a distinção de sexo no cotidiano da vida do casal militar, existindo somente a figura do militar, sendo assim em qualquer tipo de relacionamento que estiverem, será coibida a agressão, pois violam o decoro e o pundonor inerentes à classe, sem falar da hierarquia e disciplina, conforme asseveram Freitas, Marreiros e Rocha (2015):

“É evidente que a possibilidade de não repercutir no trabalho é mínima e, em um quartel, ainda menor, e isso afeta a hierarquia e disciplina, pois a agressão entre dois militares, ainda mais quando se tratar de um casal é algo a ser coibido, pois fere o pundonor militar e o decoro da

classe por atingir a essência da família. Aliás, como mostramos antes, até historicamente se comprova que a alínea em questão pretendeu abranger todos os crimes do CPM praticados por militar contra militar. Caso se entenda que é crime comum, o resultado seria a aplicação da Lei 9099, cuja aplicação à Justiça Militar foi vedada por nova Lei, justamente porque as medidas despenalizadoras não só afetavam a hierarquia e a disciplina, mas a própria essência do direito penal: não se pode falar em real liberdade para representação entre dois militares, não só entre superior e inferior, mas entre iguais, por toda a pressão que pode receber como um traidor do grupo. (FREITAS; MARREIROS; ROCHA, 2015, p. 110).”

Com base nessa teoria, poderíamos abranger que, qualquer que fosse a relação entre os militares, mesmo quando irmãos, pai e filho, entre outras tantas, estariam todos submetidos a Justiça Penal Militar, quanto a isso discorre Assis (2016):

“É uma teoria intransigente, convenhamos. Nem todo fato delituoso ocorrido entre militares constitui crime militar. A caracterização do crime militar não se resume a este dado objetivo, autor e vítima serem militares da ativa, devendo ser considerada a efetiva ofensa à instituição militar [...]. Com efeito, levada à risca, ou seja, aceita a ideia que uma lesão corporal causada pelo marido militar, dentro de casa, contra a mulher militar, por um motivo doméstico constitui crime militar implica em aceitar que, mesmo no seio de seu lar, o cônjuge (companheiro) de menor posto ou graduação tenha que pedir permissão para

sentar-se ou retirar-se da mesa já que isto é uma regra essencial da disciplina prevista nos regulamentos de honras e sinais de respeito, e sua violação constitui transgressão. Imagine-se na hora de partilhar do mesmo leito? (ASSIS, 2016, p. 10).”

Quanto a Teoria do Crime Comum, é trazida com base no art. 5º, inciso X da Constituição Federal que diz que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, [...]”, pois algumas ações são inerentes a intimidade e a vida privada do casal militar, devendo com base nisso, serem os litígios que desse decorrerem processados e julgados na Justiça Comum, aplicando-se no caso concreto de violência de gênero doméstico-familiar / íntimo-afetiva somente a LMP c.c. a legislação penal comum. Baseando nesse contexto, exemplifica Freua (2007):

“[...] um homem, Capitão PM, casado com uma mulher, Coronel Feminino PM, teria que tratá-la sempre como seu superior mesmo na intimidade do casal, pois caso contrário poderia ter inúmeras complicações perante a Justiça Militar, inclusive problemas administrativos perante a sua instituição no caso de transgressões disciplinares. Com a aplicação da legislação comum, a vítima tem a faculdade de não representar ou de renunciar à representação, dando maior liberdade à intimidade do casal de militares. O Código Penal Militar não pode invadir a intimidade do casal de militares a pretexto de garantir a regularidade das forças militares, pois estaria ultrapassando os limites impostos pela Constituição Federal, violando direitos fundamentais à intimidade e à vida privada (inciso X, do artigo 5º da CF/88), bem como o direito de formar

uma família com a especial proteção do Estado (artigo 226 da CF/88), demonstrando assim que o legislador constituinte não permitiu intromissões no instituto família sem a devida legalidade, salvo para coibir a violência contra a própria estrutura familiar, conforme o parágrafo 8º, do artigo 226 da Lei Maior: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. (FREUA, [2007], p. 5).”

Em defesa da privacidade do casal, discorre também o doutrinador Celio Lobão:

“Com a incorporação de mulheres às Forças Armadas, à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militares, surge o problema relativo à competência da Justiça Militar para conhecer do delito cometido por um cônjuge ou companheiro contra outro. Se a ocorrência diz respeito à vida em comum, permanecendo nos limites da relação conjugal ou de companheiros, sem reflexos na disciplina e na hierarquia militar, permanecerá no âmbito da jurisdição comum. Tem pertinência com a matéria à decisão da Corte Suprema, segundo a qual a administração militar ‘não interfere na privacidade do lar conjugal, máxime no relacionamento do casal’. É questão a ser decidida pelo juiz diante do fato concreto. (LOBÃO, 2006, p. 121-122).”

Dessa forma, a casa – asilo inviolável do indivíduo –, a intimidade e a vida privada não estão sujeitas a interferências do Estado, por meio de instituições militares, pois esses elementos restringem-se ao âmbito do

indivíduo, sua inviolabilidade, que compreende hábitos, fatos, pensamentos, segredos e modo de vida.

Pela Teoria Mista ou Conciliadora, os estudiosos entendem que quando houver o crime de violência doméstica envolvendo militares entre si iria se caracterizar como crime militar, porém como impróprio desde que houvesse efetiva ofensa à regularidade da instituição militar considerada, extrapolando, portanto, a vida íntima dos indivíduos, podendo ser aplicado também as medidas protetivas da Lei Maria da Penha. O professor Francisco de Assis, esclarece nesse sentido:

“[...] pela terceira teoria, via de regra os fatos delituosos acontecidos entre casal de militares tratam-se de crime militar impróprio, por isso aplica-se a LMP na sua parte protetiva. É uma teoria que concilia a aplicação da lei pela Justiça Militar, ou seja, em alguns casos (não todos), tratar-se-ia de crime militar, a ser processado e julgado pelo Conselho de Justiça, mas a todo tempo poderiam ser aplicadas as medidas protetivas, seja pelo Juiz-Auditor (Juiz de Direito), seja pelo Conselho de Justiça. (ASSIS, 2016, p. 11).”

Quando analisado o crime de violência doméstica sob o enfoque dessa teoria, adotando o Direito Penal Militar as medidas da Lei Maria da Penha, as autoridades deverão adequar essa situação à realidade, visando à proteção da mulher militar, sem prejuízo à aplicação da legislação penal castrense.

Quem fará a função da “Autoridade Policial” (Delegado de Polícia), prevista no Capítulo III da LMP, será a Autoridade de Polícia Judiciária Militar, nos termos do art. 7º do CPPM, assim, de acordo com Assis:

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

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

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

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

IV – Informar à ofendida os direitos a ela conferidos na LMP e os “serviços disponíveis. (ASSIS, 2016, p. 14).”

Diante do exposto, cabe salientar que poderá o crime de violência doméstica entre casal de militar, se aplicar a três teorias, a primeira delas que constitui em crime militar, a segunda sendo o crime comum, e a terceira um crime militar impróprio com possível aplicação das medidas tutelares da Lei Maria da Penha, contudo a mais aplicada pelos tribunais é a Teoria Mista ou Conciliadora, por ser mais adequada frente ao litígio apresentado.

### **5.1 A Lei Maria da Penha e seus reflexos nos crimes entre cônjuges militares**

Em agosto de 2006, foi sancionada a Lei nº 11.340 mais conhecida como Lei Maria da Penha, objetivando uma punição com mais rigor em relação aos crimes de violência doméstica contra a mulher. Vejamos a introdução que traz uma síntese completa dos objetivos dessa lei:

“Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos

termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.”

Infelizmente tal avanço só foi possível por uma punição internacional que o Estado Brasileiro recebeu, pois, Maria da Penha Maia Fernandes que sofria agressões do marido, instaurou um processo aqui no Brasil contra o mesmo. O agressor foi julgado duas vezes, mas, devido aos recursos contrários à decisão do Tribunal do Júri, permaneceu solto por 19 anos e ficou preso em regime fechado somente 2 anos. Portanto juntamente com o CEJIL (Centro pela Justiça e o Direito Internacional), e CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe de Defesa dos Direitos da Mulher) denunciou o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), que concluiu ter o Brasil sido omissivo em relação ao problema da violência contra a mulher recomendando a adoção de medidas legais simplificadoras com vistas a possibilitar a real implementação de direitos já reconhecidos nas Convenções Internacionais.

A Lei Maria da Penha foi fundamentada no artigo 226, §8 da Constituição Federal, que diz que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Decorrente da referida lei, também houve alteração no Código Penal Brasil no artigo 121, acrescentando o

feminicídio, incluindo este delito ao rol de crimes hediondos.

Sob esses aspectos é essencial observar a conceituação acerca do termo “violência doméstica”, descritos no art. 5º da Lei 11.340/16:

“Art. 5º: Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.”

A Lei Maria da Penha é considerada uma lei mista, pois o seu conteúdo traz aspectos penais, processuais e tutelares.

Em relação ao aspecto material, ele trouxe alteração no Código Penal alterando a alínea “f”, inciso II do art. 61, e a pena prevista na circunstância qualificadora do § 9º do art. 129 (Violência Doméstica), conforme descrito a seguir:

“Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

[...]

II - Ter o agente cometido o crime:

[...]

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;”

“Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

[...]

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-

se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:  
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.”

Quanto ao aspecto processual ela prevê a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, nesse sentido vejamos o art. 14º:

“Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.”

Além disso, expõe ainda uma medida cautelar de prisão preventiva quando envolver violência doméstica e familiar, conforme inciso III, do art. 313 do CPP, observemos:

“Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).“

No tocante aos aspectos tutelares elareflete nos casos de violência doméstica entre casais de militares, visto que de acordo com Teoria Mista ou Conciliadora este delito se trata de crime impróprio e poderá ser aplicada as

medidas tutelares da referida lei. Conforme referenciado por Gomes em sua obra:

“ [...] embora a Lei Maria da Penha esteja voltada para a criminalidade comum, é certo que suas medidas protetivas podem ter incidência analógica benéfica mesmo quando o delito seja militar. Em outras palavras: a natureza militar não impede a incidência das medidas protetivas da Lei Maria da Penha, porque se trata de uma aplicação analógica benéfica.”

E mesmo se tratando de crime impróprio militar deve exigir a adoção das medidas de proteção. Quanto a isso Rocha diz:

“[...] mesmo tipificado o fato como crime militar, poderia sim a Justiça Militar contemplar a ofendida militar com as medidas protetivas da Lei nº. 11.340/06. Isso porque seria inconstitucional privá-la da mesma proteção dada às civis.”

As medidas protetivas de urgência ao agressor estão elencadas no art. 22, incisos I e II, da Lei Maria da Penha e são elas:

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

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

As condutas elencadas, nos incisos III, IV e V do mesmo artigo, também poderão ser aplicadas pelo Tribunal de Justiça Militar, com base no caso concreto, vejamos:

“Art. 22. [...]

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - Prestação de alimentos provisionais ou provisórios”

Por fim, as medidas protetivas de urgência que podem ser aplicadas à ofendida, que são trazidas pelo art. 23 e 24 da Lei Maria da Penha:

“Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

**I** - Encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

**II** - Determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

**III** - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

**IV** - Determinar a separação de corpos. ”

“Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

**I** - Restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

**II** - Proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

**III** - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

**IV** - Prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. ”

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

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho trouxe a possibilidade de compreender a diferenciação entre crimes comuns e militares além de esclarecer a competência da justiça militar estadual e federal, e demonstrar o posicionamento da legislação penal nos casos de violência doméstica contra a mulher, quando se tratar de um casal onde ambos são militares. Ademais acrescentou conhecimento com a análise histórica da justiça militar no nosso país.

A Justiça Militar brasileira possui a mesma estrutura da época da ditadura militar e a ela cabe julgar os crimes militares, sendo que os crimes militares são os que o legislador deixou as possibilidades enumeradas taxativamente na lei, trazidas pelo art. 9º e seus incisos do Código Penal Militar, baseando-se no critério *ratione legis*. Vale ressaltar que os crimes militares poderão ser próprios, que são aqueles que somente poderá ser praticado por um militar, ou impróprio que são os que poderão ser praticados por qualquer pessoa.

Salienta que no Brasil os militares das Forças Armadas, sendo do Exército, Marinha e Aeronáutica, caberá à Justiça Militar da Federal julgar além de processar e julgar crimes cometidos por civis contra a Administração Militar Federal, enquanto que a Justiça Militar Estadual cabe julgar as Forças Auxiliares, ou seja, os militares estaduais, sendo eles os policiais e bombeiros militares, não tendo competência para julgar os civis como na justiça federal militar.

Desse modo através do estudo, observamos que as mulheres têm ocupado patentes militares e devido a isso tem se formado casais de militares. Como já sabido no âmbito familiar, infelizmente ocorre grandes desavenças gerando até a violência doméstica. Diante deste fato para definir a sua competência tem que se valer de três teorias, sendo a Teoria do Crime Comum, tratando, portanto, de crime comum, pois é uma ofensa que se restringe apenas

ao âmbito familiar, não havendo repercussão na instituição militar; a segunda é a Teoria do Crime Militar, onde que mesmo indiretamente, tal demanda atingiria a regularidade da instituição militar ultrapassando o âmbito familiar; e por último a Teoria Mista ou Conciliadora que combina as duas anteriores, dizendo que o delito é um crime militar impróprio, porém aplicando as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha.

Embora existentes as três teorias, a aplicada pelos tribunais de um modo geral, é a Teoria Mista ou Conciliadora, pois ela é mais coerente frente ao problema apresentado, ressaltando que para ser aplicada é necessário a efetiva ofensa à instituição militar, do contrário será crime comum.

Ainda que presentes teorias para solucionar o problema, há de se observar um grande descaso com a Justiça Militar no nosso país, isso fica evidente no caso tratado neste trabalho, pois nela não vemos menção das mulheres como militares, portanto o ideal seria uma reforma legislativa penal militar que viabilize a adequação do caso concreto a lei.

## REFERÊNCIAS

A JUSTIÇA MILITAR NO BRASIL: CONTEXTO HISTÓRICO. ÂMBITO JURÍDICO. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17589&revista\\_caderno=9](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17589&revista_caderno=9)>. Acesso em: 27. Jul. 2018.

A ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR NO BRASIL: IMPÉRIO E REPÚBLICA. FGV. Disponível em:

<[bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/61245/61272](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/61245/61272)>. Acesso em: 10. Jul. 2018.

BARRETO DE SOUZA, ADRIANA CONSELHO SUPREMO MILITAR E DE JUSTIÇA E A INTERIORIZAÇÃO DE UMA CULTURA JURÍDICA DE ANTIGO RÉGIME NO RIO DE JANEIRO (1808-1831) Antíteses, vol. 7, núm. 14, julho-diciembre, 2014, pp. 301-323 Universidade Estadual de Londrina, Brasil. Disponível em: [www.redalyc.org/articulo.oa?id=193332875015](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=193332875015). Acesso em: 9. Jul. 2018.

CAPEZ, FERNANDO, CURSO DE DIREITO PENAL, volume 1, parte geral: (art. 1º a 120) / Fernando Capez. — 15. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, FERNANDO, CURSO DE PROCESSO PENAL / FERNANDO CAPEZ. — 19. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.

CASOS DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. JRFN. Disponível em: <[www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/Doutrina414\\_CASOS\\_DE\\_COMPETENCIA\\_DA\\_JUSTICA\\_MILITAR.pdf](http://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/Doutrina414_CASOS_DE_COMPETENCIA_DA_JUSTICA_MILITAR.pdf)> Acesso em: 01 out. 2018.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. CONTEÚDO JURÍDICO. Disponível em : <[www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj042037.pdf](http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj042037.pdf)>. Acesso em 01 out. 2018.

CORREA UNIVALDO, A EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR NO BRASIL. Disponível em: <<http://www.amajme-sc.com.br/livro/1-Univaldo-Correa.pdf>> Acesso em: 4. Jul. 2018.

DIREITO PENAL MILITAR. SLIDESHARE. Disponível em: <[pt.slideshare.net/annatxe/apostila-direito-penal-militar](http://pt.slideshare.net/annatxe/apostila-direito-penal-militar)>. Acesso em: 26 jul. 2018.

FREITAS, RICARDO; MARREIROS, ADRIANO E ROCHA, GUILHERME. DIREITO PENAL MILITAR. TEORIA CRÍTICA & PRÁTICA. São Paulo: Editora Método, 2015.

FREUA, MURILLO SALLES. O CASAL DE MILITARES PERANTE A LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340 /06). Disponível em: <[jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/casal](http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/casal)>. Acesso em: 03. Out. 2018.

GALVÃO, FERNANDO. COMPETÊNCIA CÍVEL DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL / FERNANDO A. N. GALVÃO DA ROCHA. Belo Horizonte: Centro de Atualização em Direito, 2011. Disponível em: <[http://www.tjmmg.jus.br/images/stories/downloads/artigos/competencia\\_civel\\_jme.pdf](http://www.tjmmg.jus.br/images/stories/downloads/artigos/competencia_civel_jme.pdf)>. Acesso em: 01. Out. 2018.

NEVES, CÍCERO ROBSON COIMBRA, MANUAL DE DIREITO PENAL MILITAR / CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES, MARCELLO STREIFINGER. — 2. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA, CÓDIGO PENAL MILITAR COMENTADO / GUILHERME DE SOUZA NUCCI. — 2. ed. rev., atualizada e ampliada — Rio de Janeiro: Forense, 2014.

REGIMENTO INTERNO DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. LEX MAGISTER. Disponível em: <[www.lex.com.br/legis\\_5930365\\_REGIMENTO\\_INTER](http://www.lex.com.br/legis_5930365_REGIMENTO_INTER)>

NO\_DO\_SUPERIOR\_TRIBUNAL\_MILITAR.aspx.>Acesso em: 06. Set. 2018.

ROSA, PAULO TADEU RODRIGUES. COMENTÁRIOS AOS ARTS. 1º A 37 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, DECRETO-LEI 1001, DE 1969. -1 Ed.- Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <[http://www.tjmmg.jus.br/images/stories/fotos\\_noticias/jan-2013/paulo-tadeu-comentarios-aos-arts-01-a-37-do-codigo-penal-militar-ebook.pdf](http://www.tjmmg.jus.br/images/stories/fotos_noticias/jan-2013/paulo-tadeu-comentarios-aos-arts-01-a-37-do-codigo-penal-militar-ebook.pdf)>. Acesso em: 27. Jul. 2018.

TOLEDO, FRANCISCO DE ASSIS. PRINCÍPIOS BÁSICOS DE DIREITO PENAL- 5. Ed. - São Paulo: Saraiva, 1994.

**(DES)NECESSIDADE DE PRÉVIO  
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO  
DISCIPLINAR PARA O RECONHECIMENTO DE  
FALTAS GRAVES NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO  
PENAL**

*Sabrina Oliveira Silva Sabino*

**RESUMO**

Este estudo trata do direito de execução penal, da análise das faltas disciplinares perpetradas no curso do cumprimento de pena e do procedimento administrativo disciplinar para apuração das condutas faltosas. Cuida de discussão conhecida da jurisprudência brasileira, mas ainda não pacificada, qual seja, a necessidade de procedimento administrativo disciplinar para homologação de faltas graves pelo juiz responsável pelas execuções penais. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica que se utiliza de fontes primárias e secundárias, com o objetivo de exame da legislação, de decisões judiciais, do posicionamento doutrinário e de princípios gerais do direito que permeiam a temática debatida. A proposta apresentada teve como motivação o esclarecimento acerca da (des)necessidade de prévio procedimento administrativo disciplinar, objetivando uma análise da disciplina e dos deveres a que se sujeitam as pessoas recolhidas ao cárcere, bem como os procedimentos adotados para a apuração das faltas disciplinares, as garantias processuais norteadoras do direito de execução penal e o entendimento dos Tribunais brasileiros no que tange à discussão trazida à lume. Atingidos esses objetivos, delimitou-se a posição mais adequada para a solução do debate objeto de estudo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Procedimento administrativo disciplinar. Faltas Disciplinares. Execução Penal.

## INTRODUÇÃO

Muito se discute acerca do inquérito policial, da ação penal, dos recursos e demais nuances que permeiam o processo penal. De fato, desde a instrução criminal até o trânsito em julgado de sentença condenatória, declaratória, constitutiva ou mandamental, as discussões se mostram frequentes, havendo expressão significativa dentre as pesquisas científicas publicadas no país.

Como decorrência da sentença de natureza condenatória, abre-se para o Estado o direito de exercer o *jus puniendi*, materializado por meio da execução penal. Pouco estudado e por vezes esquecido há algum tempo atrás, o direito de execução penal vem sendo cada vez mais debatido e aprimorado. A evolução histórica e social quanto à humanização das penas trouxe nova roupagem à execução punitiva, que deve traduzir o postulado da dignidade da pessoa humana, ínsito como fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, inciso III, da CRFB/88, além de caminhar com vistas à ressocialização, o que corresponde ao caráter não só punitivo das reprimendas impostas, como também seu papel fundamental de reinserção do indivíduo à sociedade.

Com o advento da Lei nº 7.210, de 1984, mais conhecida como “LEP”, houve a delimitação de vários institutos que norteiam o direito de execução penal, sendo considerada o texto mais abrangente e importante para a condução do direito de punir do Estado no Brasil. Nela se encontram disposições acerca da classificação, da assistência, do trabalho, dos deveres e da disciplina dos condenados e internados, dentre outros. Todavia, em que pese as inovações trazidas, não se pode olvidar que sua

interpretação deve ser feita sob o prisma do arcabouço constitucional trazido pela Constituição Federal de 1988, bem como pelos direitos humanos, tendo em vista que, quando de sua edição, vigia norma fundamental de base não democrática.

Nesse interim, dada a relevância do estudo do direito de execução penal, o presente trabalho tem como escopo as normas que dizem respeito à (in)disciplina dos condenados, quando do cumprimento das reprimendas impostas, objetivando analisar as faltas disciplinares, em especial as de natureza grave, dado os efeitos que delas decorrem. Como objeto central, após discutir-se as garantias afetas ao direito de execução penal, bem como as faltas graves em si, parte-se para um debate envolvendo os procedimentos para apuração e reconhecimento das faltas disciplinares, judicial e extrajudicial, momento em que se repensa sobre a (des)necessidade do procedimento administrativo para reconhecimento posterior das faltas graves em juízo e de seu “custo-benefício” para o reeducando.

Não obstante o teor da Súmula de nº 533, editada pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2015, ainda restam discussões acerca de sua aplicação. Inicialmente, importante recordar que a súmula em comento não possui efeito vinculante. Assim, apesar de servir como parâmetro para o julgamento de casos semelhantes, tal súmula não possui teor obrigatório, o que, em tese, autoriza o juiz a reconhecer faltas disciplinares, em análise ao caso concreto, mesmo diante da ausência de procedimento administrativo disciplinar.

Ademais, em análise à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontram-se precedentes no sentido de que a oitiva do condenado em audiência de justificação, realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio procedimento

administrativo disciplinar, assim como supre a eventual ausência ou a insuficiência de defesa técnica no PAD.

Outro ponto a ser debatido diz respeito ao tempo gasto desde a instauração até eventual reconhecimento ou absolvição quanto aos supostos atos faltosos praticados. Ocorre que, frequentemente, transcorrem-se meses ou até mesmo, pasme, anos, até que haja a conclusão do procedimento administrativo disciplinar, a comunicação ao juiz competente e a posterior apuração e reconhecimento/absolvição feita em juízo. Ora, após a prática de falta disciplinar, instaurado o procedimento para sua apuração, os benefícios do condenado ficam suspensos até que haja toda a apuração e posterior decisão acerca das condutas imputadas ao apenado, o que trás prejuízos imensuráveis à sua execução de pena.

Enfim, vê-se que o ordenamento jurídico brasileiro, tanto em termos doutrinários (como se verá adiante), como no âmbito jurisprudencial, ainda não pacificou a problemática trazida a lume. Também não há positivado nenhum disposto legal dirimindo a questão tratada, o que justifica e exalta a importância de sua discussão, como será demonstrado ao longo deste trabalho.

## **2 GARANTIAS PROCESSUAIS E A EXECUÇÃO PENAL**

Assim como os demais ramos do direito, a disciplina afeta ao direito de execução penal é estruturada por meio de princípios, garantias e institutos próprios, que lhe asseguram a autonomia necessária.

Considerando a imprevisibilidade quanto aos mais variados casos e situações possíveis no âmbito executório, dispõe o artigo 11 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal que:

Seria, por outro lado, inviável a pretensão de confinar em diplomas herméticos todas as situações jurídicas oriundas das relações estabelecidas por uma disciplina. Na Constituição existem normas processuais penais, como as proibições de detenção arbitrária, da pena de morte, da prisão perpétua e da prisão por dívida. A Constituição consagra ainda regras características da execução ao estabelecer a personalidade e a individualização da pena como garantias do homem perante o Estado. Também no Código Penal existem regras de execução, destacando-se, dentre elas, as pertinentes aos estágios de cumprimento da pena e respectivos regimes prisionais<sup>2</sup>.

Nessa esteira, não se pode olvidar que, tratando-se de direito que regula, em suma, a liberdade individual do homem, imprescindível se faz a observância dos ditames constitucionais, especialmente no que tange aos princípios e garantias fundamentais elencados no artigo 5º e seus incisos, da CRFB/88.

Igualmente devem ser consideradas as garantias penais e processuais presentes no ordenamento jurídico. Ora, não há que se falar em execução penal dissociada à instrução criminal, tendo em vista que o contexto executório só tem início após o término de ação penal que resulte em sentença condenatória. Dessa forma, como consequência lógica à imputação de pena no âmbito criminal, o processo executório não deverá se distanciar das premissas processuais penais.

Dito isto, dada à sua importância, em especial quando se trata da apuração e análise de faltas disciplinares, passa-se à análise das principais garantias e princípios norteadores do direito de execução penal.

---

<sup>2</sup> BRASIL, Exposição de Motivos, 1983.

## 2.1 Legalidade

De natureza constitucional, o princípio da legalidade se consubstancia no postulado de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. É o que preceitua o artigo 5º, inciso XXXIX, da CRFB/88. Baseando-se em tal máxima, conclui-se que não é possível a consideração de determinado fato como crime ou a aplicação penosa sem que haja, anteriormente, definição expressa para tanto.

O princípio em comento é basilar tanto para a aplicação quanto para a execução da pena ou medida de segurança.

No âmbito da execução penal, dispõe o artigo 45 da LEP que não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar. No mesmo sentido preleciona a Exposição de Motivos da LEP, quando ressalta que o princípio da legalidade “domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal”.

Como bem salienta Greco<sup>3</sup> ao citar Ricardo M. Mata Y Martín, em matéria penal deve haver a chamada garantia executiva ou penitenciária. Entretanto, ao que parece, a observância a tal postulado vem sendo burlada. O que se percebe é que o princípio da legalidade é frequentemente esquecido após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Preocupa-se com a garantia da legalidade até que o agente inicie o cumprimento da reprimenda imposta e, passando-se o trânsito em julgado, esquece-se que ao condenado e ao internado deve se assegurar todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, conforme disposto no artigo 3º da LEP.

---

<sup>3</sup> GRECO, 2015, p. 38.

Dissertando sobre o tema, Greco, com precisão, ressalta que:

Em países da América Latina, a exemplo do que ocorre no Brasil, o desrespeito ao princípio da legalidade é gritante. Presos cumprem suas penas além do tempo que lhes fora imposto pelos decretos condenatórios; benefícios legais são postergados, sob o falso argumento do acúmulo de processos pela Justiça Penal; condenados são jogados em celas com outras pessoas sem que, para tanto, tenha sido levado a efeito o necessário processo de classificação, a fim de os separar de acordo com as infrações penais cometidas; os condenados as penas privativas de liberdade são colocados em celas superlotadas, enfim, o descaso com o princípio da legalidade, na fase da execução da pena, é evidente<sup>4</sup>.

Conclui, ainda, Greco que:

De nada adianta o estado obedecer o princípio da legalidade desde a apuração do fato criminoso, com a inauguração do devido processo legal, com respeito ao contraditório e à ampla defesa, para, ao final, uma vez condenado o autor da infração penal, seus direitos serem desrespeitados na fase da execução da pena<sup>5</sup>.

Assim, não é possível a concepção do cumprimento da pena dissociado à estrita observância do princípio da legalidade, que deve compreender não somente a presença de lei anterior definindo os fatos responsáveis por reger a

---

<sup>4</sup> GRECO, 2015, p. 39.

<sup>5</sup> GRECO, 2015, p. 39.

execução, como também as formas pelas quais se dá sua aplicação.

Por fim, pode-se dizer que a legalidade, no âmbito do sistema prisional, também deve ser respeitada com vistas à garantia da segurança jurídica. Conforme aduz Rodrigues:

A mesma necessidade de segurança jurídica que fundamenta o princípio da legalidade impõe que direitos e deveres recíprocos da administração penitenciária e do recluso sejam legalmente catalogados. É uma verdadeira exigência do Estado de Direito<sup>6</sup>.

Assim, não há que se falar, exemplificativamente, na aplicação de sanções disciplinares sem que estas estejam anteriormente previstas em lei ou definidas no âmbito dos regimentos estaduais de normas penitenciárias, quando se tratarem de faltas médias ou leves, sob pena de afronta à segurança jurídica, à legalidade e às exigências que permeiam o próprio Estado de Direito.

## 2.2 Devido processo legal

A Constituição Federal de 1988 aduz, em seu artigo 5º, inciso LIV, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Noutra giro, o texto constitucional também garante que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (artigo 5º, inciso LV). Nessa esteira, necessário salientar que, em suma, observando-se às premissas do contraditório e da ampla defesa, estar-se-á garantindo o devido processo legal. Isso

---

<sup>6</sup> RODRIGUES, 2001, p. 67.

porque tais princípios são responsáveis por “dar forma”, compor e estruturar o devido processo legal. Aliás, dada sua dimensionalidade, o devido processo legal constitui verdadeiro fundamento de validade para outros princípios constitucionais, como, por exemplo, a legalidade. Conforme assevera Bulos:

Mais do que um princípio, o *devido processo legal* é um *sobreprincípio*, ou seja, fundamento sobre o qual todos os demais direitos fundamentais repousam. Por seu intermédio, a toda pessoa deve ser concedido o que lhe é devido<sup>7</sup>.

Dada sua importância e vasta aplicabilidade, o princípio em análise não encontra um conceito plenamente definido. Conforme destaca Silveira<sup>8</sup>, o devido processo legal é de difícil conceituação em razão de ser extremamente impreciso e dinâmico, bem como por acompanhar valores culturais de cada geração humana. Nesse sentido, formular um conceito fechado e totalmente definido, fatalmente acarretaria restrições no âmbito de alcance do devido processo legal, o que não pode ser concebível. Assim, o princípio deve ser tratado com extrema amplitude, de forma a garantir os mais diversos direitos fundamentais.

Na seara do direito de execução penal, mostra-se notória a necessidade de observância ao princípio em comento. Ressalte-se que o procedimento administrativo disciplinar, objeto de análise neste trabalho, deve corresponder às premissas do contraditório e da ampla defesa, como se extrai, exemplificativamente, do artigo 59 da LEP, que assegura o direito de defesa no procedimento para apuração de falta disciplinar.

---

<sup>7</sup> BULOS, 2011, p. 667.

<sup>8</sup> SILVEIRA, 2001, p. 239.

Como bem esclarecido por Hammerschmidt, Maranhão e Coimbra:

Embora o princípio do devido processo legal seja orientador de toda ação estatal constritiva de direitos, com destaque para a privação de bens e da liberdade, tem ele manifesta importância na execução penal, já que nenhum castigo, nenhuma sanção pode ser aplicada ao condenado sem a instauração do devido procedimento disciplinar (...)<sup>9</sup>.

No que tange ao teor da Súmula Vinculante nº 5, conforme entendimento majoritário da doutrina e dos Tribunais Superiores, tratando-se do procedimento para a apuração de faltas graves na execução penal, resta impossibilitada sua aplicação.

O devido processo legal também deve ser aplicada na apuração de falta disciplinar em âmbito judicial. O juiz da execução, bem como o Ministério Público e a própria defesa do sentenciado, são responsáveis por conduzir a audiência de justificação e demais atos que compreendem a apuração disciplinar, de modo a garantir o contraditório e a ampla defesa.

### 2.3 Razoável duração do processo

Cabe ao Estado assegurar a razoável duração do processo, judicial ou administrativo, e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, nos termos do artigo 5º, inciso LXXVIII, da CRFB/88. Em suma, incumbe à autoridade estatal competente praticar o maior número de atos processuais no menor espaço de tempo, o que também efetiva o princípio constitucional da eficiência (artigo 37, *caput*, da CRFB/88).

<sup>9</sup> HAMMERSCHMIDT; MARANHÃO; COIMBRA, 2013, p. 24.

Embora a tenha previsto expressamente, o legislador constituinte optou por não estabelecer qual seria o tempo, ou seja, o período razoável para duração do processo. Conforme salientado por Theodoro Júnior:

Para os juízes e tribunais, o ponto de partida para resguardar a garantia de duração razoável do processo é a aferição de como se cumpriu, ou não, o procedimento. Se o tempo gasto, ainda que longo, foi aquele traçado pelas leis procedimentais para caso como o dos autos, não haverá lugar para ter como violado o direito fundamental contemplado no art. 5º, n. LXXVIII, da CF. Quando o processo houver durado muito mais do que o tempo reclamado pela observância dos trâmites previstos na lei processual, é que se passará ao exame concreto das causas do excesso temporal(...). Se foi a complexidade da causa que levou a diligências especiais fora dos padrões normais do procedimento ou se foram os próprios litigantes que tumultuaram a marcha do feito com incidentes e recursos abusivos, não cabe imputar ao juízo a culpa pela maior demora na conclusão do processo. Mas, se os atos e diligências a cargo do órgão julgador e seus auxiliares não respeitaram os prazos legais e se a autoridade judiciária não policiou o comportamento das partes e permitiu que provas e diligências inúteis e tumultuárias fossem praticadas impunemente, o Poder Judiciário se tornou responsável pela duração excessiva e, conseqüentemente, injusta da prestação da tutela jurisdicional<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> THEODORO JÚNIOR, 2008.

Assim, sendo admitida a prática de atos meramente protelatórios, com fins de tumultuar o curso natural da marcha processual, ou, havendo omissão por parte do Poder Público diante de tais atos, este passa a ser responsável pela morosidade que obsta a duração razoável do processo.

Destaque-se que o Estado tem o dever de efetivar a razoável duração do processo. Não se mostra aceitável, por exemplo, justificar a morosidade processual em face do número de demandas judiciais em tramitação. Ora, é imposto constitucionalmente ao Estado o ônus de dotar o serviço público de meios bastantes a fim de efetivar as garantias e direitos fundamentais, sob pena de sua violação. Nesse sentido, novamente ressalta Theodoro Júnior:

Não se escusa o Estado invocando o volume excessivo de demandas, já que se acha constitucionalmente obrigado a aparelhar o serviço público de modo a cumprir, e fazer cumprir, todos os direitos fundamentais, inclusive o de garantir o acesso à justiça, dentro dos parâmetros do devido processo legal. Afastar-se dos parâmetros formais e temporais do devido processo legal corresponde a negar vigência às garantias fundamentais dos incisos XXXV e LIV da Constituição. Equivale, ainda, a violar o dever fundamental de prestar os serviços públicos segundo a legalidade e de maneira eficiente (CF, art. 37, caput)<sup>11</sup>.

Dessa forma, em decorrência da inefetividade da razoável duração do processo, estar-se-á violando deveres e princípios fundamentais contidos no texto constitucional, tais como o princípio da eficiência, conforme alhures

---

<sup>11</sup>THEODORO JÚNIOR, 2008.

mencionado, a legalidade, o devido processo legal, dentre outros que decorrem expressa ou implicitamente da garantia em comento.

O princípio em análise é previsto expressamente na Lei nº 9.099/95, que disciplina o processo perante os Juizados Especiais, e é utilizado, sempre que possível, no processo penal comum<sup>12</sup>. Também é encontrado no Código de Processo Civil de 2015, que, em seu artigo 4º, preleciona que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

No âmbito da execução penal, apesar de pouco difundido, a observância ao princípio, no que tange à apuração das faltas disciplinares, em especial as de natureza grave, é fundamental. Nos termos do artigo 59, *caput*, da LEP: “Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa”. Ocorre que, instaurado o procedimento para apuração da suposta falta disciplinar cometida, a análise de novos benefícios, bem como o gozo dos já adquiridos, no curso da execução de pena é suspensa até eventual decisão, administrativa/judicial, de absolvição ou homologação da falta. Assim, suspende-se o exame da progressão de regime, das saídas temporárias, do trabalho externo, entre outros, durante todo o processo de apuração, o que impõe celeridade na tramitação dos procedimentos apuratórios.

Não se pode olvidar que a prática de falta enseja punição equivalente a fim de prevenir novas condutas faltosas, bem como “castigar” o condenado pelo desvio de seus deveres ou pela prática de novo crime no curso da execução penal. Todavia, a morosidade do Poder Público em apurar e exarar decisão acerca do reconhecimento ou não da falta disciplinar, não se justifica. Conforme

---

<sup>12</sup>NUCCI, 2017, p. 49.

anteriormente apontado, o suposto infrator fica à margem da atuação estatal, sendo-lhe obstada a continuidade regular de sua execução penal até que o poder público apure e emita decisão.

Para amenizar os prejuízos trazidos ao condenado que aguarda uma resposta estatal, bem como para efetivar a razoável duração do processo, alguns juízes e tribunais têm estabelecido prazo para a suspensão dos benefícios, ou seja, decorrido determinado lapso temporal, sem que haja conclusão do procedimento administrativo disciplinar ou do procedimento judicial, revoga-se a suspensão e, via de consequência, os benefícios ora suspensos podem ser analisados. Nesse sentido, destaca-se jurisprudência vasta do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INQUÉRITO DISCIPLINAR. NÃO CONCLUÍDO. FALTA GRAVE. EXCLUSÃO DOS ASSENTAMENTOS. INQUÉRITO DISCIPLINAR. ATRASO NA CONCLUSÃO. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Não se olvida que a prática de falta grave exige punição à altura. Contudo, não há como reconhecer os efeitos advindos desta conduta enquanto não concluído o procedimento disciplinar. 2. A mora do Poder Público na conclusão do inquérito disciplinar traz inegável prejuízo ao réu, que também fica à disposição quanto ao momento da análise de benefícios legalmente previstos, muitas vezes retardados de forma indevida. 3. Agravo conhecido e não provido<sup>13</sup>.

<sup>13</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ementa nº 1081721. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Rodrigo Batista da Silva. Relator: Desembargador Carlos Pires Soares Neto. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal.

E ainda:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. SUSPENSÃO DOS BENEFÍCIOS EXTERNOS. PROGRESSÃO DE REGIME. ANÁLISE DO REQUISITO SUBJETIVO. INQUÉRITO DISCIPLINAR NÃO CONCLUÍDO. EXCESSO DE PRAZO. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. De acordo com os artigos 37 e 125, da Lei de Execução Penal, a prática de falta grave enseja a revogação dos benefícios externos. Assim, plenamente possível a suspensão dos benefícios externos até que se apure o cometimento da falta disciplinar. 2. Satisfeito o requisito objetivo para a progressão de regime, o sentenciado não pode ser prejudicado, aguardando indefinidamente a instauração ou conclusão do inquérito disciplinar, a fim de ser definida sua situação processual. Existência de constrangimento ilegal. 3. Ordem concedida<sup>14</sup>.

Enfim, a garantia da razoável duração do processo deve ser buscada incansavelmente, principalmente quando se trata de indivíduo sob a custódia estatal, devendo compor o moderno direito de execução penal.

## **2.4 Direitos Humanos e dignidade da pessoa humana**

Ao se pensar nas garantias afetas à execução penal, impossível se desconsiderar os Direitos Humanos. Fato é

<sup>14</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus nº 20150020126247. Relator: Desembargador Jesuíno Rissato. **Dje**. Distrito Federal.

que, apesar de não haver consenso quanto à sua origem, a humanização é conquista histórica, tendo incomensurável importância no direito de execução penal. Tanto assim que a necessidade de sua proteção e efetividade acarretou o surgimento da disciplina do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com fins à concretização da plena eficácia dos direitos humanos fundamentais<sup>15</sup>.

Nessa esteira, imperioso ressaltar que o Brasil assinou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – de 1969, da Convenção sobre a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de 1984, da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985, entre outros, o que evencia os compromissos assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional<sup>16</sup>.

Ademais, os Direitos Humanos se encontram imersos na Constituição Federal de 1988, onde há o estabelecimento de princípios e garantias que se destinam a instrumentalizá-lo, que o compõem e estabelecem a forma com que se dará sua plenitude.

Dentre os fundamentos que aparelham os direitos humanos sobressai a dignidade da pessoa humana, que é objeto de debatimental e motivo de calorosas discussões jurídicas e sociais. O artigo 1º, inciso III, da CRFB/88, dispõe que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Conforme salienta Greco:

É um princípio universal, reconhecido até mesmo por aquelas nações que

<sup>15</sup>MORAES, 2006, p. 17.

<sup>16</sup>MORAES, 2006, p. 20.

minimizam a sua aplicação, ou o interpretam de maneira restritiva, como é comum acontecer nos países onde exista um regime ditatorial, seja ele de esquerda ou de direita<sup>17</sup>.

A fim de delimitar suas nuances, sem, entretanto, restringi-lo, alguns autores classificam a dignidade da pessoa humana em duas acepções: objetiva e subjetiva. Como explica Nucci:

Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um *mínimo existencial* ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art. 7º, IV, da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência<sup>18</sup>.

Assim, numa acepção objetiva, a dignidade da pessoa humana resguarda as necessidades básicas, ou seja, mínimas garantias à existência humana, ao passo que, sob um prisma subjetivo, protegem-se sentimentos intrínsecos ao ser humano, amparados desde o nascimento com vida, irrenunciáveis.

A busca pela efetividade da dignidade da pessoa humana é uma constante na atualidade. Apesar de normalmente reconhecido, o princípio vem sendo flagrantemente descumprido, principalmente no que tange ao sistema penitenciário, inclusive na aplicação das sanções disciplinares ou no cumprimento regular das

<sup>17</sup> GRECO, 2015, p. 61/62.

<sup>18</sup>NUCCI, 2017, p. 49.

penas, sejam elas provisórias ou definitivas. De acordo com as precisas lições de Greco:

Embora o princípio da dignidade da pessoa humana, em muitos países (como o Brasil), tenha sede constitucional, sendo, portanto, considerado um princípio expresso, percebemos, em muitas situações, a sua violação pelo próprio Estado. Assim, aquele que deveria ser o maior responsável pela sua observância, acaba se transformando em seu maior infrator. (...) Veja-se, por exemplo o que ocorre com o sistema prisional brasileiro. Indivíduos que forma condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente em sua dignidade, enfrentando problemas como a superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas governamentais para a sua reinserção social, além do fato de a sociedade, hipocritamente, não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal<sup>19</sup>.

Diante de todo exposto, nota-se que muito ainda há de ser feito e mudado para a efetividade dos Direitos Humanos, bem como para a garantia do postulado da dignidade da pessoa humana. Deve haver, sempre, uma luta incessante pelo cumprimento de tais fundamentos que, conforme alhures mencionado, são conquistas históricas, fruto de combates sociais, ideológicos, que acompanharam a própria evolução humana, carecendo, todavia, de eficácia.

---

<sup>19</sup> GRECO, 2015, p. 61/62.

## 2.5 Motivação das decisões

Nos termos do artigo 93, inciso IX, da CRFB/88, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. No mesmo sentido prevê a Lei nº 9.784/99, em seu artigo 2º, quando elenca, dentre os princípios a serem obedecidos pela Administração Pública, a motivação. Nota-se que, para produzirem efeitos, as decisões emanadas pelo Poder Público devem ser fundamentadas.

Apesar de pouco retratada no âmbito do direito de execução penal, a motivação das decisões é obrigatória para a apuração de faltas disciplinares, seja no âmbito administrativo ou judicial, em razão dos dispositivos supracitados, bem como em decorrência do próprio princípio da ampla defesa<sup>20</sup>. Ora, só é possível ao sentenciado contestar decisão que lhe impute a prática de falta se seu prolator lhe der meios suficientes para tanto. Para questionar uma decisão, é necessário demonstrar equívoco ou irrazoabilidade de suas premissas, o que faz com que tais premissas devam ser expostas de maneira expressa<sup>21</sup>. Os motivos devem ser devidamente elencados, trançando-se as provas e elementos fáticos que levaram a decisão final.

Diante do exposto, mostra-se fundamental que o julgador competente detalhe as razões que fundam sua decisão, esclarecendo os motivos pelo não acolhimento das teses apresentadas pelas partes, com vistas a garantir, inclusive, que os atingidos por ela possam se valer dos meios recursais cabíveis, se for o caso.

### 3 FALTAS DISCIPLINARES

---

<sup>20</sup> TEIXEIRA, Caroline Kohler; JOHANN Júnior, René Beckmann, 2016.

<sup>21</sup> TEIXEIRA, Caroline Kohler; JOHANN Júnior, René Beckmann, 2016.

A Lei nº 7.210/1984 estabelece os direitos, deveres e a disciplina a que se submete o condenado ou internado. Dispõe o artigo 38 da LEP que: “cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena”. Em seguida, o artigo 39 do mesmo disposto legal, elenca os deveres do condenado, que vão desde comportamento disciplinado até a conservação de objetos de uso pessoal.

De maneira similar, o artigo 41 da LEP relaciona um rol de direitos conferidos ao sentenciado em cumprimento de pena tais como: alimentação suficiente e vestuário, assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, proteção contra qualquer forma de sensacionalismo, entre outros. Vale ressaltar que, conforme aduzido no Capítulo 2 deste trabalho, muitos desses direitos tem sido descumpridos pelo próprio Estado, o que se vislumbra com facilidade em atenção à atual situação do sistema penitenciário brasileiro.

Além da adstrição a direitos e deveres, o apenado se sujeita à disciplina. Nos termos do artigo 44 da LEP: “a disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho”.

O desrespeito à disciplina e/ou descumprimento dos deveres enseja o reconhecimento de falta disciplinar em desfavor do reeducando, dentro dos parâmetros estabelecidos constitucional e legalmente, como se demonstrará a seguir.

### 3.1 Conceito

A lei não define o que se entende por falta disciplinar, ficando a cargo da doutrina sua conceituação. Partindo da análise estrita à palavra “falta”, Renato Marcão entende como tal “conduta contrária à

disciplina”<sup>22</sup>. Com maior riqueza de detalhes, Hammerschmidt, Maranhão e Coimbra explicam:

Aquelas condutas cometidas pelos presos dentro dos estabelecimentos penais, que infrinjam algum dispositivo legal, e que representem infrações disciplinares, podem ser consideradas como faltas (...) <sup>23</sup>.

Os vocábulos falta e faltoso indicam “erro”, “que cometeu falta” e “culpado”. Já a palavra disciplinar, como verbo transitivo direto e pronominal, tem como significado “sujeitar(-se) ou submeter(-se) à disciplina”<sup>24</sup>.

Assim, considerando que os condenados se sujeitam à disciplina, devendo colaborar com a ordem e cumprir seus deveres, bem como não praticar novas condutas delituosas, com vistas à sua própria ressocialização e a convivência harmônica no âmbito prisional, o descumprimento ou desrespeito às normas prisionais ou legais constitui uma falta ou infração. A falta perpetrada, por infringir a disciplina então, é considerada “disciplinar”, daí a nomenclatura legal e mais utilizada no âmbito doutrinário e jurisprudencial: falta disciplinar.

### 3.2 Classificação

Conforme dicção legal (artigo 49 da LEP), as faltas disciplinares se classificam em leves, médias e graves. Estabelece a LEP que a legislação local será responsável por especificar as faltas de natureza leve e média, ao passo que a lei estabelece as faltas de natureza grave. De tal sorte, percebe-se que as condutas faltosas durante o cumprimento da pena são de responsabilidade

<sup>22</sup>MARCÃO, 2012.

<sup>23</sup>HAMMERSCHMIDT; MARANHÃO; COIMBRA, 2013, p. 100.

<sup>24</sup>FERREIRA, 2011, p. 329 e 420.

concomitante do Poder Executivo, responsável por regulamentar as faltas médias e leves, bem como para aplicar as sanções cabíveis na seara administrativa, do Poder Legislativo, que edita as faltas de natureza grave, e do Poder Judiciário, a quem incumbe apurar, homologar e aplicar as sanções de natureza grave para a produção de todos os efeitos legais.

Imperioso salientar que, não obstante a pluralidade de órgãos responsáveis pelas faltas disciplinares, a execução penal é atividade predominantemente jurisdicional<sup>25</sup>. A própria LEP, em sua Exposição de Motivos, esclarece no item 15 que “a autonomia do Direito de Execução Penal corresponde ao exercício de uma jurisdição especializada”, exprimindo o denominado princípio da jurisdicionalidade, que será tratado posteriormente.

No tocante às faltas leves e médias, estas tratam de todas as condutas indisciplinadas que não constam do rol legal relativo às faltas graves. Assim, comumente se classificam como leves e médias aquelas relacionadas à utilização de bens materiais da Unidade Prisional sem a devida autorização, ao trânsito pelas dependências da Unidade Prisional de forma a desobedecer às normas estabelecidas, a retirar a atenção de outros presos, propositadamente, durante estudo ou quaisquer outras atividades, a praticar ato constitutivo de crime culposo ou contravenção penal, a impedir ou praticar indevidamente qualquer procedimento, a receber, confeccionar, portar, ter ou concorrer para que haja, em qualquer local da Unidade Prisional, objetos ou instrumentos que, embora inofensivos, assemelhem-se em aparência a objetos ou instrumentos que possam ofender a integridade física de outrem ou atentar contra a segurança da Unidade Prisional, a utilizar meios escusos para envio de correspondência,

<sup>25</sup> HAMMERSCHMIDT; MARANHÃO; COIMBRA, 2013, p. 28.

dentre outras. A título exemplificativo, todas as condutas apontadas estão presentes no Regulamento e Normas de Procedimentos do Sistema Prisional de Minas Gerais (ReNP)<sup>26</sup>.

As sanções decorrentes da prática de faltas leves ou médias (que serão especificadas adiante) são aplicadas pela própria Unidade Prisional, por meio de seu Diretor e de decisão eminentemente administrativa.

No que tange às faltas graves, estas são classificadas pela própria lei. Conforme artigo 50 da LEP:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:  
I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;  
II - fugir;  
III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;  
IV - provocar acidente de trabalho;  
V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;  
VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.  
VII - tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.  
Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório<sup>27</sup>.

Ademais, como estabelecido no artigo 51 da LEP:

Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que:  
I - descumprir, injustificadamente, a restrição imposta;

<sup>26</sup> TURI, Carlos Alberto Almeida et al, 2016.

<sup>27</sup> BRASIL, Lei de Execução Penal, 1984.

- II - retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta;
- III - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei<sup>28</sup>.

Além das hipóteses descritas, também constitui falta grave a prática de crime doloso, nos termos do artigo 52 da LEP.

Trata-se de enumerações taxativas, o que impede o legislador estadual e a própria administração penitenciária de criarem novas hipóteses de falta disciplinar de natureza grave. Assim, os Regulamentos do Sistema Prisional, quando relacionam as faltas graves, apenas reproduzem o rol legal. É o caso do Regulamento e Normas de Procedimentos do Sistema Prisional de Minas Gerais (ReNP) que, em seu artigo 642 dispõe:

Art. 642. São consideradas faltas disciplinares graves as seguintes:

- I - praticar ato constitutivo de crime doloso;
- II - incitar movimento de subversão da ordem ou da disciplina, ou dele participar;
- III - fugir;
- IV – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
- V - provocar acidente de trabalho;
- VI - descumprir, em regime aberto, as condições prescritas e as normas impostas;
- VII – desobedecer ao servidor e desrespeitar a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- VIII – recusar a execução de trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; e
- IX – ter consigo, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar,

<sup>28</sup> BRASIL, Lei de Execução Penal, 1984.

que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo<sup>29</sup>.

As sanções desencadeadas pela prática de falta grave (que serão especificadas adiante) são aplicadas pela própria Unidade Prisional, por meio de seu Diretor, bem como pelo juiz responsável pela execução penal, por decisão devidamente fundamentada, após a garantia do contraditório e da ampla defesa, gerando, cada qual, as consequências previstas em lei.

### 3.3 Princípios

Como já exposto no Capítulo 2, o Direito de Execução Penal é regido por princípios e garantias próprios, bem como por aqueles que decorrem da própria Constituição Federal e os que norteiam o direito material e processual penal.

Dentre as garantias já aludidas<sup>30</sup>, em sede de falta disciplinar, é imprescindível a observância ao princípio da legalidade. Conforme dispõe o artigo 45, *caput*, da LEP: “Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”. Ademais, o artigo 46 do mesmo dispositivo legal preleciona que: “O condenado ou denunciado, no início da execução da pena ou da prisão, será cientificado das normas disciplinares”. Não se olvida o disposto no artigo 3º da LINDB, quando determina que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, todavia, considerando as consequências trazidas pelo descumprimento dos deveres e da indisciplina, torna-se necessária clareza e ciência quanto às normas disciplinares de maneira expressa. Assim, tratando-se dos deveres, direitos e da disciplina na execução penal, é necessária expressa ciência do apenado,

<sup>29</sup> BRASIL, Lei de Execução Penal, 1984.

<sup>30</sup> Vide Capítulo 2, subitens 2.1, 2.2, 2.3 e 2.5.

logo no início da execução, quanto às normas que lhe são impostas, e que a falta e/ou a sanção a ser cominada sejam também expressas e anteriormente previstas, seja em lei ou regulamento.

Na apuração das faltas também é salutar a observância ao devido processo legal, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa, à razoável duração do processo e à motivação das decisões. Deve-se apurar em prazo razoável, sem descuidar-se do contraditório e da ampla defesa. Ao mesmo tempo é preciso, ao final da apuração, motivação, ou seja, as decisões devem fundamentadas, deve-se expor os motivos que ensejaram a decisão final, seja em sede administrativa ou judicial.

Outro princípio fundamental no que tange as faltas disciplinares é a individualização da pena. Prevista no artigo 5º, inciso XLVI, da CRFB/88, pressupõe que, além do condenado receber a pena adequada à prevenção e reparação do crime, deve receber a atenção do Estado no que tange às suas características pessoais e, de igual forma, ter sua expiação atenuada, quando se constatar uma prognose positiva na reeducação penal<sup>31</sup>. No âmbito das faltas disciplinares, deve-se atentar, nos termos do artigo 57 da LEP: “(...) a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”. Como bem salientado por Nucci:

A personalidade de qualquer pessoa é dinâmica e mutável, variando conforme o ambiente onde se encontra. Se o preso está no cárcere há muitos anos apresenta-se de um modo; se é um recém-chegado, de outro. A administração do presídio tem perfeita noção disso e pode discernir entre o ainda indisciplinado recém-chegado, que leva um tempo para habituar-se às várias regras do presídio, e o condenado de longa

<sup>31</sup> HAMMERSCHMIDT; MARANHÃO; COIMBRA, 2013, p. 100.

data, já acostumado à rotina do local. Por isso, a insubordinação do recém-chegado pode não ser tão grave quanto a mesma indisciplina demonstrada pelo condenado de vários anos. Daí a variação da sanção disciplinar<sup>32</sup>.

Assim, na escolha da sanção a ser aplicada ao reeducando faltoso, é substancial a individualização da pena, observando-se o período em que está recluso, atentando-se à avaliações de especialistas, ao fato praticado, entre outros.

Enfim, seja na identificação, apuração ou aplicação de sanções, não é possível se dissociar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. O princípio da proporcionalidade é “corolário da busca do justo”<sup>33</sup>. A sanção aplicada deve corresponder ao fato praticado. A medida a ser adotada deve ser razoável do ponto de vista retributivo e ressocializador.

### 3.4 Sujeitos passivos

Sujeitam-se ao cumprimento das normas inculpidas na LEP tanto os detentos que possuem uma condenação (provisória ou definitiva), inclusive as oriundas da Justiça Eleitoral ou Militar – quando o reeducando estiver recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária – quanto os presos provisórios. É o que determina o artigo 2º, parágrafo único, da LEP. Do mesmo modo, especificamente às faltas graves, dispõe o artigo 50, parágrafo único, da LEP, que:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:  
(...)

<sup>32</sup>NUCCI, 2018.

<sup>33</sup>AVENA, 2014.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório<sup>34</sup>.

Portanto, há autorização legal expressa possibilitando o reconhecimento de falta disciplinar em desfavor do preso provisório. Vale ressaltar que a efetiva apuração da falta grave somente ocorrerá se o presoprovísório vier a iniciar o cumprimento da pena, isto é, caso sobrevenha sentença condenatória.

De outro modo não poderia ser. Não há razão para que não haja a aplicação das sanções disciplinares em desfavor dos presos provisórios. Há que se considerar que o tempo cumprido provisoriamente é utilizado posteriormente para fins de detração. Assim, seria contraditório considerar o tempo cumprido provisoriamente, quando da análise de benefícios durante a execução, para fins do requisito objetivo e, de outro modo, não considerá-lo para análise do critério subjetivo. Nesse sentido, é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a saber:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - INFRAÇÃO DISCIPLINAR COMETIDA DURANTE SEGREGAÇÃO CAUTELAR - APURAÇÃO DA FALTA GRAVE - APLICAÇÃO AOS PRESOS PROVISÓRIOS - POSSIBILIDADE. Conferindo a lei tratamento isonômico entre os presos provisórios e os definitivamente condenados e, existindo expressa previsão na LEP, é possível o reconhecimento de falta grave praticada por aqueles e a aplicação da sanção cabível<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> BRASIL, Lei de Execução Penal, 1984.

<sup>35</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ementa nº 1.0071.16.002635-8/001. Ministério Público do Estado de Minas

E ainda:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. SAÍDAS TEMPORÁRIAS. REVOGAÇÃO. REQUISITO SUBJETIVO NÃO CUMPRIDO. PRÁTICA DE FALTA GRAVE DURANTE A PRISÃO PROVISÓRIA. NECESSIDADE DE CÔMPUTO DO PERÍODO DE PRISÃO PROVISÓRIA PARA FINS DE AFERIÇÃO TANTO DO REQUISITO OBJETIVO QUANTO DO SUBJETIVO. RECURSO PROVIDO. - Se o preso provisório é privado de sua liberdade e sujeito ao mesmo regime disciplinar que os condenados, conforme artigos 2º, parágrafo único, 44, parágrafo único, e 50, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, não há distinção relevante entre uma situação e outra que justifique a consideração apenas da prisão após a condenação para contagem de prazos de benefícios da execução e, também, para fins de aferição do requisito subjetivo. - Configura evidente contradição lógica tanto desconsiderar o tempo de prisão provisória para fins do requisito objetivo e considerá-lo para apreciação do requisito subjetivo, quanto o contrário, considerar o tempo de prisão provisória para fins do requisito objetivo e desconsiderá-lo para o requisito subjetivo. - A prática de faltas graves durante a prisão provisória impede o gozo das saídas temporárias, haja vista a necessidade de bom comportamento para

Gerais. Danilo Souza Almeida. Belo Horizonte, MG de 2017. **Dje**. Belo Horizonte, 31 mar. 2017.

concessão do benefício, nos termos do artigo 123 da Lei de Execução Penal<sup>36</sup>.

Dessa forma, perfeitamente possível o reconhecimento de falta disciplinar cometida durante o período em que o reeducando se encontrava preso provisoriamente. Por conseguinte, todas as questões a serem abordadas neste trabalho consideram as nuances das faltas disciplinares tanto para os condenados, quanto para os presos provisórios.

### 3.5 Apuração das faltas graves

A apuração das faltas disciplinares de natureza grave será o objeto de estudo central do Capítulo 4 deste trabalho. Todavia, com fins de prestar esclarecimentos iniciais, passa-se a uma análise geral, no sentido de como se dará, via de regra, a condução e os procedimentos adotados para a apuração.

A análise será feita sob dois prismas: no âmbito administrativo e na seara judicial.

Em sede administrativa, ocorrida a suposta prática de falta grave, elabora-se um “comunicado interno”, que descreve os fatos ocorridos e/ou a conduta faltosa praticada. Em seguida, a autoridade administrativa instaura procedimento disciplinar para a apuração da falta grave. Após a oitiva do acusado, das testemunhas e da produção de outras provas porventura necessárias (por exemplo, o exame toxicológico quando encontradas substâncias ilícitas), o Conselho Disciplinar profere decisão absolvendo ou condenando o acusado, nos termos do respectivo regimento prisional.

---

<sup>36</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ementa nº 1.0035.16.004108-9/001. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Diogo Gimenes Pelegrini. Belo Horizonte, MG de 2017. **Dje**. Belo Horizonte, 22 maio 2017.

Ademais, em conformidade com o disposto no artigo 48, parágrafo único, da LEP, tratando-se de falta grave, a autoridade administrativa deve representar ao juiz da execução para os fins dos artigos 118, I, 125, 181, §§ 1º, d, e 2º, todos da LEP.

O juiz da execução, por seu turno, ao tomar conhecimento da suposta prática faltosa, instaurará procedimento para sua apuração, suspendendo-se normalmente a análise de novos benefícios e daqueles já gozados pelo reeducando (por exemplo, as saídas temporárias e o trabalho externo), podendo ainda promover a regressão prisional cautelar, se entender necessário. Em seguida, será designada audiência de justificação, intimando-se o Ministério Público e a Defesa respectivamente. Após a realização da audiência, o juiz decidirá pela absolvição ou homologação da falta grave.

Destaque-se que, em ambos os procedimentos, deverá ser garantido, conforme outrora mencionado, o contraditório e a ampla defesa. O procedimento apuratório que não respeitar tais premissas estará fadado à nulidade. Toda e qualquer decisão proferida deverá ser motivada e decorrer de um devido processo legal.

### 3.6 Sanções decorrentes do reconhecimento de falta grave

O artigo 53 da LEP estabelece as sanções disciplinares, quais sejam: advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos, isolamento na própria cela, ou em local adequado (nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo) e inclusão no regime disciplinar diferenciado. Com exceção ao regime disciplinar diferenciado, que só pode ser aplicado após prévio e fundamentado despacho do juiz competente, as demais podem ser aplicadas por ato motivado do diretor do

estabelecimento prisional, conforme dispõe o artigo 54, *caput*, da LEP.

No que tange, especificadamente, às faltas graves, representando a autoridade administrativa ao juiz da execução, este avaliará a ocorrência da falta grave e, decidindo pelo seu reconhecimento, determinará as consequências legais cabíveis.

Em relação à pena privativa de liberdade, tem-se a possibilidade de regressão de regime. Como disposto no artigo 118, inciso I, da LEP: “A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave”.

No tocante às penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, estas serão convertidas em privativa de liberdade, caso o reeducando pratique falta grave, nos termos do artigo 181, §§ 1º, alínea *d*, e 2º da LEP.

O condenado estará sujeito ainda à perda de até 1/3 (um terço) do tempo remido, conforme preceitua o artigo 127 da LEP, começando a contagem a partir da data da infração disciplinar. Neste ponto, importante salientar que, para efetuar a revogação, o juiz deverá apresentar os motivos que justificam o *quantum* de perda escolhido. Assim, o magistrado deverá se atentar ao disposto no artigo 57, *caput*, da LEP, e, via de consequência, levar em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão. A ausência de fundamentação acarreta nulidade da decisão e, dessa forma, os Tribunais não poderão especificar o *quantum* a ser perdido quando o juiz não o fizer, sob pena, inclusive, de supressão de instância.

Outra sanção aplicável em decorrência da prática de falta grave é a revogação das saídas temporárias.

Conforme disposto no artigo 125 da LEP, o benefício será automaticamente revogado quando o condenado for punido por falta grave.

Além das sanções mencionadas, o reconhecimento da prática de falta grave desencadeia diversas consequências no curso da execução penal, repercutindo no livramento condicional, na progressão de regime, na concessão de indulto ou comutação, dentre outros.

#### **4 (DES)NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

Como apontado anteriormente, as condutas faltosas, praticadas no curso da execução penal, são de responsabilidade concomitante dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário<sup>37</sup>. A análise e aplicação das faltas disciplinares se concentram na administração pública e no juízo responsável pelas execuções penais.

A administração prisional se encarrega de identificar a falta disciplinar cometida, instaurar procedimento para sua apuração, bem como representar ao juiz da execução. O juiz da execução, por sua vez, instaura incidente para apuração das faltas graves, designa audiência de justificação, colhe a manifestação das partes e eventuais provas produzidas, determina a execução de diligências (caso necessárias) e, ao final, profere decisão. É o que se conclui da leitura do artigo 47 da LEP, que incumbe à autoridade administrativa o poder disciplinar, combinado com artigo 48, parágrafo único, da LEP, que determina a representação ao juiz da execução, no caso de falta grave.

Nessa esteira, o que se indaga é: seria imprescindível a feitura do procedimento administrativo

---

<sup>37</sup> Vide Capítulo 3, subitem 3.2.

disciplinar para que o juiz da execução reconheça as faltas de natureza grave? Não poderia o juiz, após proceder a oitiva do reeducando, colher a manifestação das partes e testemunhas, oportunizar a produção de outras provas e determinar as diligências necessárias, homologar a prática de falta grave? Seguindo-se o rito relatado, não estaria garantido o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa?

Para responder a tais indagações é necessário analisar o PAD, sua relevância e as possíveis consequências oriundas de sua falta. Também é preciso examinar o procedimento realizado pelo juiz à luz das garantias processuais que obstinam efetivar o devido processo legal e a razoável duração do processo. Por fim, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que apresentam divergências, também deve ser trazido a lume.

#### **4.1 Procedimento administrativo disciplinar: pertinência e consequências de sua exiguidade**

Nos termos do artigo 59 da LEP, praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa. O artigo em comento se refere ao procedimento disciplinar que deverá ser conduzido pela autoridade administrativa e dele se extraem algumas conclusões lógicas. Inicialmente, é necessária a observância ao regulamento prisional, elaborado anteriormente à prática da conduta faltosa, em atenção ao princípio da legalidade. Lado outro, deve ser assegurado o direito de defesa. Neste ponto, algumas considerações devem ser tecidas.

O contraditório e a ampla defesa são imprescindíveis para a efetivação do devido processo legal. Todavia, parcela da doutrina aduz ser dispensável a presença de defesa técnica, sendo necessário apenas

garantir ao reeducando o direito de resposta, a possibilidade de apresentação de provas, e de questionamento dos elementos probatórios contidos no PAD. Como explica Nucci:

(...) temos sustentado ser suficiente a garantia ao preso de apresentação de seus motivos para o cometimento da falta (ou para a negação de ser o autor) pessoalmente. Não há necessidade de defesa técnica, inclusive para não burocratizar e emperrar o procedimento administrativo, que necessita ser célere para a garantia da ordem e disciplina internas do estabelecimento penal. Se já não há defensor em número suficiente para dar amparo ao condenado no processo de execução penal, imagine-se criar um corpo de advogados, dentro do presídio, somente para cuidar de faltas disciplinares. Não quer isto dizer estar o juiz afastado do caso e impossibilitado de anular a falta indevidamente inscrita no prontuário do preso. Como já mencionamos, o preso se defende pessoalmente e eventual sanção lhe pode ser aplicada. Caso exista abuso ou cerceamento de defesa, invoca-se a atuação do juiz corregedor do presídio. Nesse caso, ingressa a defesa técnica e a falta anotada pode ser revista<sup>38</sup>.

Não obstante os argumentos apresentados parece mais adequada a corrente que entende como indispensável a participação do advogado constituído pelo reeducando e, em sua ausência, da Defensoria Pública, de Advogados Dativos ou mesmo de Analistas Técnicos Jurídicos da unidade prisional, durante o PAD, ou seja, a necessidade de defesa técnica. Isso porque, apesar de poder apresentar

---

<sup>38</sup>NUCCI, 2018.

sua própria defesa, os condenados não possuem conhecimento técnico em tal proporção que os permita contraditar os elementos probatórios e o procedimento instaurado em si.

Ademais, por não estar no cárcere, o responsável pela defesa técnica detém maior facilidade para acompanhar a realização do procedimento, elaborar os documentos necessários à elucidação de provas, entre outros. O juiz da execução, apesar de responsável pela fiscalização do PAD, é comunicado apenas quanto às faltas graves. Dessa forma, dificilmente terá acesso aos procedimentos destinados a apurar faltas de natureza leve e média. Ressalte-se que a comunicação do preso com o juiz é por vezes demorada, sendo difícil levar a seu conhecimento eventuais irregularidades do PAD, o que se facilita quando há defesa técnica.

No tocante à celeridade, não se olvida que sua garantia é necessária. Contudo, a celeridade deve se coadunar com outros postulados fundamentais, como os já citados contraditório e ampla defesa, por exemplo. Assim, se o procedimento for célere mas burlar garantias fundamentais, não há outro caminho a não ser o considerar como nulo.

Analisado o *caput* do artigo 59 da LEP, verifica-se que o parágrafo único do mesmo artigo, também estabelece que a decisão será motivada. Deste modo a autoridade administrativa deve explicitar os motivos que levarão à decisão final, com fins, inclusive, de oportunizar possível defesa do reeducando<sup>39</sup>.

O PAD é o principal meio para colheita de provas na apuração das faltas disciplinares. A autoridade administrativa, além de identificar a natureza da falta cometida, colhe elementos probatórios materiais, se houver, procede a oitiva de testemunhas e do sentenciado,

---

<sup>39</sup> Vide Capítulo 2, subitem 2.5.

providencia a realização do boletim de ocorrência, entre outros.

Assim, pode-se dizer que o PAD, no âmbito das faltas graves, é para o juiz da execução tal como o inquérito policial é para a ação penal. Trata-se de procedimento administrativo em que há uma reunião de atos destinados a apurar a materialidade e autoria da suposta falta disciplinar cometida, colher depoimentos e coletar acervo probatório para viabilizar a análise quanto à prática ou não de falta. As únicas diferenças estão no caráter eminentemente inquisitório do inquérito policial, bem como no fato da autoridade policial não proferir decisão condenatória e somente encaminhar as peças coletadas. Neste ponto, chega-se a uma conclusão inicial. Se o inquérito policial, muito mais abrangente que o PAD realizado nas unidades prisionais, em que pese de suma importância para colheita de provas, não possui caráter obrigatório, ou seja, pode ser dispensável, porque, de igual modo, também não seria o PAD para apuração de faltas graves?

Ressalte-se que não há pretensão de menosprezar a relevância do PAD. Conforme alhures mencionado, ele é o principal instrumento de captação do acervo probatório. Entretanto, o que se discute é: quais são as verdadeiras consequências resultantes de sua ausência? Sua falta trás prejuízos para o acusado?

Imaginem-se duas situações hipotéticas. Num primeiro caso, tem-se a suposta prática de falta disciplinar grave, a posterior feitura de comunicação interna pela unidade prisional e, de imediato, a comunicação ao juiz da execução, sem a instauração ou conclusão de PAD. O juiz competente, ao receber o comunicado interno, homologa a falta grave supostamente praticada, sem instaurar incidente para sua apuração e nem ao menos intimar as partes para manifestação. Neste caso, o reconhecimento da falta grave, sem apuração dos fatos noticiados no comunicado interno,

bem como sem a possibilidade do contraditório e da ampla defesa, judicial ou extrajudicialmente, faz com que a decisão esteja eivada de nulidade<sup>40</sup>.

De maneira diversa, imagine-se uma segunda hipótese. Tem-se novamente a suposta prática de falta disciplinar grave, a posterior feitura de comunicação interna pela unidade prisional e, de imediato, a representação ao juiz da execução, sem a instauração ou conclusão de PAD. Contudo, o juiz competente, instaura incidente para a apuração da falta grave noticiada, designa e realiza audiência de justificação, oportuniza a manifestação do Ministério Público e da defesa técnica, permite ainda a produção de provas, caso necessário, e ao final profere decisão devidamente fundamentada. Nesse cenário estão devidamente preenchidas as garantias processuais fundamentais elencadas na CRFB/88, na legislação infraconstitucional e no ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

Ora, considerando que, no início da execução da pena ou da prisão, o condenado ou denunciado foi cientificado quanto às normas disciplinares, considerando que foi garantido o devido processo legal, por meio do contraditório e da ampla defesa, e considerando que houve a motivação da decisão homologatória da falta grave, não há que se falar em prejuízos ao reeducando.

---

<sup>40</sup> Quanto à homologação de faltas graves em juízo, sem a designação de audiência de justificação pelo juiz da execução, destaca-se que parcela da jurisprudência vem entendendo como válido tal reconhecimento, desde que tenha havido prévio PAD, com a observância das garantias processuais fundamentais. Nesse sentido, cite-se os seguintes julgados: Agravo em execução nº 0031326-72.2017.8.12.0001/MS, Rel. Desembargador DORIVAL MOREIRA DOS SANTOS, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 09/11/2017, DJe 14/11/2017, e Agravo em execução nº 1.611.954-3/PR, Rel. Desembargador LUIZ OSÓRIO MORAIS PANZA, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 28/06/2016.

Ao instaurar o incidente para apuração das faltas graves, o juiz da execução deve observar as mesmas garantias correlatas ao PAD, entretanto de forma ainda mais abrangente, o que nos faz declinar para sua desnecessidade, caso seja realizada a devida apuração da falta comunicada.

Outrossim, há que se discutir a razoável duração do processo. A lei não estabelece o prazo para a conclusão do PAD. Assim, na omissão legislativa, alguns regimentos prisionais estabelecem prazos prescricionais acerca da aplicação das sanções. No “Regimento e Normas de Procedimentos do Sistema Prisional de Minas Gerais”<sup>41</sup>, por exemplo, estabelece o artigo 664 que: “Extingue-se a punibilidade da sanção disciplinar, no âmbito administrativo, no prazo de 12 (doze) meses, a partir da data do conhecimento do fato”.

No que tange ao incidente instaurado para apuração da falta grave em juízo, também não há previsão legal de prazo para sua conclusão. Entretanto, a resolução de tal incidente deve se dar de forma célere, evitando-se morosidade desnecessária. Isso porque, como já salientado<sup>42</sup>, o suposto infrator, no curso da apuração faltosa, tem todos os seus benefícios suspensos, até que haja decisão final. Nesse sentido, como bem apontado por Avena:

(...) muito embora a LEP não estabeleça prazo para a conclusão do procedimento judicial, sua tramitação não pode perdurar mais tempo do que, pelo senso comum, seja considerado o razoável para a produção das provas necessárias e deliberação judicial sobre a questão que motivou sua instauração. Eventuais

---

<sup>41</sup>TURSI, Carlos Alberto Almeida et al, 2016.

<sup>42</sup> Vide Capítulo 2, subitem 2.3.

atrasos resultantes de desídia do juízo na tramitação de procedimentos relacionados à concessão de benefícios prisionais caracterizam constrangimento ilegal ao sentenciado, viabilizando, conforme o caso, o manejo de *habeas corpus*. Tratando-se, por outro lado, de delongas no andamento de procedimentos destinados à supressão ou perda desses benefícios, afigura-se possível a impetração de mandado de segurança pelo Ministério Público. Em um e outro casos, ainda, não se descarta o cabimento da própria *correição parcial* sob o argumento do *error in procedendo* provocado pela paralisação injustificada do feito<sup>43</sup>.

Não obstante a marcha célere a ser seguida, nota-se que muitas vezes tal máxima se distancia da realidade fática. O que se vê, na prática, é a morosidade do Poder Público em apurar as faltas graves. Por vezes o procedimento administrativo se prolonga pelos quase 12 (doze) meses e, ao ser encaminhado ao juiz da execução, gastam-se mais meses ou até mesmo, pasme, anos, até que haja decisão encerrando o processo apuratório. Isso ocorre principalmente quando o condenado, em virtude da prática de falta, é transferido para unidade prisional diversa, tendo que aguardar a transferência dos autos de sua execução de pena e, só após, ter iniciado o incidente para apuração da falta grave. Vislumbra-se, então, mais um fator que justificaria a ausência prévia de PAD, qual seja, a razoável duração do processo.

Outro fator determinante para o atraso é a escassez de estrutura e servidores públicos suficientes para a realização do PAD, situação que assola o sistema prisional em quase todo país. Assim, questiona-se, caso a unidade

---

<sup>43</sup> AVENA, 2014.

prisional não detenha meios para a realização do PAD, ficará o sentenciado impune? Mesmo tendo o juiz recursos suficientes para a apuração da suposta falta praticada? Não se pretende, mais uma vez, minorar a importância do PAD. Entretanto, condicionar a possibilidade de reconhecimento de falta grave à existência de um procedimento administrativo, parece sobremaneira desproporcional.

## 4.2 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

A (des)necessidade de prévio procedimento administrativo é objeto de grande debate doutrinário e jurisprudencial. Tendo em vista os diferentes posicionamentos e a quantidade expressiva de recursos impetrados nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou, no ano de 2015, a Súmula de nº 533, *in verbis*:

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor nomeado<sup>44</sup>.

Não obstante o enunciado, forçoso reconhecer que a discussão ainda persiste. Apesar de ser parâmetro para o julgamento de casos semelhantes, tal súmula não possui teor obrigatório, o que, em tese, autoriza o juiz a reconhecer faltas disciplinares, em análise ao caso concreto, mesmo diante da ausência de procedimento administrativo disciplinar, o que, inclusive, vem ocorrendo.

---

<sup>44</sup> BRASIL, 2015.

A própria Corte Suprema do país vem exarando decisões dissonantes ao entendimento consolidado pelo STJ, como se demonstrará no subitem 4.3 deste capítulo.

Ressalte-se que a súmula supracitada é fruto de diversos recursos repetitivos, sendo a principal alavanca para sua edição o julgamento proferido no âmbito do Recurso Especial nº 1.378.557. Trata-se de recurso manejado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, que sustentou a seguinte tese: “Não se aplica qualquer sanção judicial à falta disciplinar se não foi ela apurada em processo administrativo disciplinar”.

Argumentou o *Parquet*, com fulcro nos artigos 59 e 118, inciso I e parágrafo 2º, ambos da LEP, bem como no artigo 563 do CPP, que: "tendo havido procedimento na esfera judicial, na qual o apenado foi assistido pela Defensoria Pública, prescinde-se de procedimento administrativo disciplinar para a apuração do cometimento de falta grave". Também foi sustentado que "não se declara a nulidade de ato processual sem a comprovação de prejuízo, ônus que, na espécie, cabia à defesa”.

Considerando a multiplicidade de recursos versando sobre a mesma matéria debatida, o relator do recurso em tela, Ministro Marco Aurélio Bellizze, o admitiu como representativo da controvérsia, nos termos do artigo 543-C do CPC.

Em seu voto, o relator esclareceu que há, nas turmas daquele Tribunal, entendimentos divergentes acerca da questão em debate. Enquanto a Sexta Turma se posiciona no sentido de que a instauração de prévio procedimento administrativo disciplinar é imprescindível, a Quinta Turma entende pela suaprescindibilidade, quando realizada a oitiva do apenado em juízo, na presença do defensor e do membro do Ministério Público.

Ressaltou que há também divergência nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que, em sua maioria, são dadas em sede de *Habeas Corpus*. Nesse sentido, sustentou que a matéria debatida, com respeito à Suprema Corte, trata-se de discussão infraconstitucional, devendo a “última palavra” ser proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em seguida, analisou os dispositivos legais contidos nos artigos 44 a 60 da LEP, que tratam da disciplina, das faltas disciplinares, das sanções e das recompensas, da aplicação das sanções e do procedimento disciplinar. Concluiu, inicialmente, que a atribuição de identificar a natureza das faltas disciplinares (leves, médias ou graves) incumbe à autoridade administrativa. Dessa forma, antes de representar ao juiz da execução, o diretor do presídio deve apurar a conduta do reeducando e, somente no caso de ser reconhecida como grave, é que se comunicará ao juízo competente.

Salientou que o artigo 59 da LEP exige a instauração do procedimento disciplinar pela autoridade administrativa e, em seguida, passou à análise da necessidade de defesa técnica no PAD, defendendo sua imprescindibilidade.

Por fim, argumenta que os procedimentos realizados administrativa e judicialmente não se confundem. O PAD, na compreensão do Ministro, visa apurar a ocorrência da própria falta grave, com a observância do contraditório e da ampla defesa, bem como a aplicar as sanções previstas na LEP. A instauração de incidente em juízo, por sua vez, tem como escopo apenas a análise da regressão de regime, prevista no artigo 118 da LEP. Não é permitido, assim, que o juiz da execução usurpe de suas atribuições e instaure procedimento para apuração das faltas graves, considerando que tal atribuição incumbe, exclusivamente, à autoridade administrativa, sob

pena, inclusive, de afronta ao princípio da legalidade contido na Constituição Federal.

Diante do exposto, o Ministro Relator entendeu que o juiz prolator da decisão que reconheceu a prática de falta grave usurpou os limites de sua competência, o que lhe motivou a negar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público e sustentar a tese que imprime os termos da atual Súmula nº 533 do Superior Tribunal de Justiça.

Os Ministros Assuete Magalhães e Rogério Schietti Cruz acompanharam o voto do relator. O único voto contrário e ao final vencido foi o da Ministra Laurita Vaz.

Sustentou a Ministra que a questão trazida à lume não é tão simples quanto tentou convencer o Ministro Relator. Ressaltou que está na Quinta Turma há mais de 12 anos que desde a época em que a Turma era formada por ilustres penalistas, sempre mantiveram o entendimento da desnecessidade de se instaurar, nas palavras da Ministra: “um procedimento chamado de administrativo quando há instauração de outro procedimento, com a oitiva do preso e a presença de advogado, em que lhe é assegurada a ampla defesa e o contraditório”.

Questionou qual a necessidade de um procedimento administrativo se a finalidade dos princípios assegurados na Constituição foi garantida em outro e destacou sua preocupação com possíveis entraves da apuração no âmbito prisional.

Citou ainda vasta jurisprudência, com decisões recentes sobre o tema, em que se defende a desnecessidade do prévio PAD.

Manifestou entendimento no sentido de que a Lei de Execução não é tão clara nesse sentido. Da leitura do artigo 118, inciso I, c/c o § 2.º, sugeriu que os votos prolatados nas decisões da Quinta Turma não se deram senão com a devida fundamentação jurídica. Enfim, concluiu destacando sua preocupação quanto ao

reconhecimento de nulidade em casos como o do recurso apreciado, “quando tudo o que a lei, a Constituição Federal e os princípios constitucionais exigem restou assegurado”, embasando-se, inclusive, nas decisões da Suprema Corte.

Com o devido respeito aos argumentos apresentados pelo Ministro Relator, Marco Aurélio Bellizze, a questão debatida não permeia apenas a legislação infraconstitucional. Ora, a efetivação das garantias processuais constitucionais deve constituir elemento central da discussão, tendo em vista que preponderam sobre qualquer procedimento ou disposição prevista legalmente. Dessa forma, passa-se à uma última análise, relativamente aos precedentes da Suprema Corte, que podem alterar o enunciado editado pelo Superior Tribunal de Justiça.

#### **4.3 Precedentes do Supremo Tribunal Federal**

Como já exposto, no âmbito do Supremo Tribunal Federal existem decisões divergentes acerca da problemática discutida. Há inúmeros precedentes no sentido de que a oitiva do condenado em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público supre eventual nulidade decorrente da ausência do procedimento administrativo disciplinar.

Em sede de *Habeas Corpus* há diversas decisões que caminham nesse sentido. Citem-se, a título exemplificativo, os seguintes precedentes da Suprema Corte: HC112.380/RS, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/05/2012, DJE 21/06/2012 e HC110.278/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, DJe 14/08/2013.

A matéria discutida também já foi objeto de Recurso Extraordinário. Em decisão proferida no ano de 2016, a Ministra Carmen Lúcia deu provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do

Estado do Rio Grande do Sul contra decisão do Tribunal de Justiça daquele Estado, determinando que o Juízo da Vara de Execuções Criminais de Caxias do Sul procedesse ao exame da ocorrência de falta grave praticada pelo recorrido, independentemente da instauração de procedimento administrativo disciplinar.

A decisão foi proferida no RE de nº 982.968/RS. O recorrente alegou afronta ao disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, pois, segundo se fundamentou, a decisão vergastada desconsiderou que para o reconhecimento de falta disciplinar grave a realização de audiência de justificação se mostra suficiente para apurar o ato faltoso.

A Ministra Relatora acolheu os argumentos trazidos pelo *Parquet* com base nos precedentes da Suprema Corte, aduzindo que a decisão recorrida ia de encontro com a jurisprudência daquele Tribunal.

Em recente voto proferido no âmbito do Recurso Extraordinário de nº 972.598/RS, o Ministro Roberto Barroso também se debruçou sobre a questão. O RE, que aguarda julgamento no Plenário Físico, foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão oriundo do Tribunal de Justiça daquele Estado, *in verbis*:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. FUGA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp nº 1.378.557/RS, em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), pacificou o entendimento de que para o reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave pelo juízo da execução é imprescindível a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar,

observando o contraditório e a ampla defesa. Aplicação da Súmula nº 533 do STJ.

2. No caso dos autos, não foi instaurado PAD para apuração da falta disciplinar imputada à apenada, razão pela qual deve ser afastado o reconhecimento da indisciplina. PRELIMINAR ACOLHIDA. FALTA GRAVE AFASTADA<sup>45</sup>.

O *Parquet* alegou em suas razões recursais afronta aos dispositivos contidos no artigo 5º, incisos XXV, LIV e LV, e no artigo 93, inciso IX, todos da CRFB/88, uma vez que a decisão recorrida, no entendimento ministerial, extrapolou os referidos dispositivos constitucionais e deu-lhes extensão indevida, o que seria capaz de “inferir concretamente e de maneira generalizada numa grande quantidade de casos”. Ademais, indicou a prescindibilidade do PAD.

Como relator do recurso, o Ministro Roberto Barroso se manifestou pelo reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional suscitada, bem como pela reafirmação da jurisprudência da Corte Suprema, com a seguinte tese:

A oitiva do condenado em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD),

---

<sup>45</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo em execução penal nº 70065203655. Maria Edna Silva de Paiva. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: DESEMBARGADOR JAYME WEINGARTNER NETO. **Dje**. Rio Grande do Sul, 28 ago. 2015.

assim como supre eventual ausência ou deficiência de defesa técnica no PAD<sup>46</sup>.

Relatou o Ministro que há diversos recursos para exame, sob sua relatoria, tendo como base a discussão em comento. Evidenciou a repercussão geral principalmente do ponto de vista social e jurídico, ressaltando que a linha decisória dada no acórdão combatido trás como consequência a anulação de milhares de processos. Cite-se:

(...) Segundo a parte recorrente, tais anulações ensejariam profunda instabilidade na execução da pena e descrédito das instituições, visto que ficarão sem efeito as regressões de regime determinadas, as alterações de data-base operadas e as declarações de perda de dias remidos, em situação de impunidade de faltas disciplinares sem precedentes<sup>47</sup>.

Salientou que apesar de conhecida na jurisprudência, a questão tratada ainda não se encontra pacificada. Quanto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmou que esta é firme no sentido de que:

(...) a oitiva do condenado em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim

---

<sup>46</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 972.598. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Maria Edna Silva de Paiva. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Dj**.

<sup>47</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 972.598. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Maria Edna Silva de Paiva. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Dj**.

como supre a eventual ausência ou a insuficiência de defesa técnica no PAD<sup>48</sup>.

Por fim, ressaltou que:

(...) no âmbito de um sistema congestionado como o da Execução Penal, qualquer atividade redundante ou puramente formal significa desvio de recursos humanos ou da atividade principal da vara, inclusive e notadamente a de assegurar os benefícios legais para que ninguém permaneça no cárcere em prazo superior à condenação<sup>49</sup>.

Vê-se que os argumentos apresentados pelo Ministro Roberto Barroso melhor se coadunam com os postulados do contraditório e da ampla quando comparados com a motivação invocada para a formulação do enunciado de nº 533 do STJ. Nota-se que o Ministro busca o atendimento às premissas constitucionais precipuamente, independentemente de procedimentos contidos na legislação infraconstitucional.

Ademais, leva-se em consideração a celeridade processual e a necessidade de se evitar procedimentos burocráticos e puramente formais na execução da pena, bem como a instabilidade jurídica causada pela impunidade dos reeducandos faltosos.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após a análise das nuances que circundam as faltas disciplinares e o procedimento administrativo, sob o

---

<sup>48</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 972.598. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Maria Edna Silva de Paiva. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Dj**.

<sup>49</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 972.598. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Maria Edna Silva de Paiva. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Dj**.

prisma das garantias processuais afetas à execução penal, é possível tecer algumas considerações.

Para a materialização do devido processo legal, a conjuntura do contraditório, da ampla defesa, da legalidade e da motivação das decisões é fundamental. Garantindo-se ao preso provisório ou condenado, quando da apuração das faltas graves, a efetivação de tais premissas, estar-se-á assegurando o devido processo legal.

Dessa forma, se tais postulados deixaram de ser observados em sede extrajudicial, ou seja, no âmbito do PAD, mas, posteriormente, foram assegurados em incidente instaurado e conduzido pelo juiz da execução penal, acredita-se estarem perfeitamente sanados os vícios oriundos da instrução realizada administrativamente.

Há que se pensar, primordialmente, se os fins pretendidos foram atingidos e se os meios para essa efetivação atenderam as premissas concernentes ao devido processo legal.

Não há dúvidas de que a matéria em debate permeia discussão de fundo constitucional. Ora, independentemente do procedimento contido na legislação infraconstitucional, este deverá ser interpretado em sintonia com os ditames constitucionais. Tal necessidade se evidencia no caso da Lei de Execução Penal, considerando que, ao tempo de sua edição, vigia regime não democrático no país. Atendida a finalidade almejada, sem prejuízo às partes, deve preponderar o princípio da instrumentalidade das formas, inexistindo qualquer nulidade.

Não se desconsidera a importância do PAD. Tanto é assim que se defende pela necessidade de defesa técnica em sua instrução. Somente se representa ao juiz da execução as faltas graves, ficando as de natureza média e leve à margem da autoridade prisional. Assim, para que a autoridade administrativa estabeleça e execute os efeitos

decorrentes do reconhecimento extrajudicial de falta é imprescindível a defesa técnica.

O que se sustenta, em verdade, é a sua desnecessidade para o reconhecimento da falta grave em juízo, para a produção dos efeitos de competência do juiz da execução. Apesar de auxiliar na coleta de provas, não é plausível condicionar a atividade judicante à procedimento de cunho administrativo.

Deve-se ter como escopo a celeridade. Na esfera da execução penal há que se evitar procedimentos puramente formalistas e qualquer ato que possa ser empecilho e/ou que atrase/tumultue desnecessariamente o curso do cumprimento de pena.

Ademais, não obstante a identificação da natureza das faltas disciplinares ser de competência, em tese, da autoridade prisional, sendo informado ao juiz da execução sobre a ocorrência de suposta falta grave, mesmo sem a realização do PAD, nada impede que ele, observando ter a falta natureza diversa da indicada pelo comunicado interno do presídio, classifique-a como média ou leve, bem como absolva o sentenciado quanto aos fatos supostamente praticados. Não há que se falar em usurpação de sua competência. Ora essa, o juiz da execução é o principal responsável pelo acompanhamento do cumprimento de pena e por decidir os incidentes da execução, o que lhe confere amplos poderes para decidir sobre os eventos executórios, inclusive em dissonância das decisões administrativas.

Vislumbra-se, noutra giro, que os procedimentos, administrativo e judicial, não se confundem. Embora visem apurar os mesmos fatos, cada um dos ritos tem finalidades distintas. As sanções advindas de decisão que reconhece falta grave em juízo e aquela homologada extrajudicialmente são diferentes. O juiz da execução não designa audiência de justificação somente para os fins do artigo 118 da LEP. Também o faz para a garantia do

contraditório e da ampla defesa, para produção de outras provas, etc. Assim, as faltas homologadas judicialmente ocasionam seus efeitos independentemente daqueles previstos como passíveis de aplicação pelo estabelecimento prisional.

No que tange à exigência de instauração de PAD, nos termos do artigo 59 da LEP, retoma-se a ideia do princípio da instrumentalidade das formas. Se, por meio do incidente instaurado em juízo, atinge-se o fim esperado com o PAD, não há prejuízos ao reeducando e, dessa forma, não há nulidade a ser questionada. Tal tese evita, inclusive, a impunidade nos locais onde não é possível a realização de PAD. A sensação de impunidade no âmbito prisional gera consequências nefastas. A ausência de sanções em contraprestação às condutas faltosas resulta descrédito às instituições do Estado. Intensifica a prática de condutas faltosas pela falta de punições.

Enfim, diante de todo exposto, acredita-se que o melhor entendimento caminha no sentido de que a oitiva do condenado, em audiência de justificação, realizada na presença do defensor e do Ministério Público afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventuais vícios dele decorrentes.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução**

**Penal:** Esquematizado. São Paulo: Forense, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **VadeMecum:** Constitucional. 13. ed. Salvador: Armador.

BRASIL. Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. **VadeMecum:** Constitucional. 13. ed. Salvador: Armador.

BRASIL. Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. **VadeMecum:** Constitucional. 13. ed. Salvador: Armador.

BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. **VadeMecum:** Constitucional. 13. ed. Salvador: Armador.

BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. **VadeMecum:** Constitucional. 13. ed. Salvador: Armador.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 972.598. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Maria Edna Silva de Paiva. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Dj.**

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ementa nº 1.0071.16.002635-8/001. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Danilo Souza Almeida. Belo Horizonte, MG de 2017. **Dje.** Belo Horizonte, 31 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ementa nº 1.0035.16.004108-9/001. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Diogo Gimenes Pelegrini. Belo Horizonte, MG de 2017. **Dje.** Belo Horizonte, 22 maio 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ementa nº 1081721. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Rodrigo Batista da Silva. Relator: Desembargador Carlos Pires Soares Neto. **Diário Oficial da União.** Distrito Federal.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus nº 20150020126247. Relator: Desembargador Jesuino Rissato. **Dje**. Distrito Federal.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ementa nº 70065203655. Maria Edna Silva de Paiva. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: DESEMBARGADOR JAYME WEINGARTNER NETO. **Dje**. Rio Grande do Sul, 28 ago. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal: para concursos**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio Júnior: dicionário escolar da língua portuguesa**. 2. ed. Curitiba: Positivo, 2011.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. **Direito de Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARCÃO, Renato. **Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção Saberes do Direito).

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; REZENDE, Valdir Vieira. **Execução Penal: diferentes perspectivas**. Salvador: Juspodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: RT, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal: due process of law**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal: para concursos**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TEIXEIRA, Caroline Kohler; JOHANN JÚNIOR, Renê Beckmann. O procedimento administrativo para apuração de faltas disciplinares no curso da execução penal em

Santa Catarina. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17416](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17416)>. Acesso em: 26 set. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito fundamental à duração razoável do processo**. 2008. Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Humberto\\_Theodoro\\_Junior.pdf](http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Humberto_Theodoro_Junior.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2018.

TURSI, Carlos Alberto Almeida et al. **Regulamento e Normas de Procedimentos do Sistema Prisional de Minas Gerais (ReNP)**. 2016. Disponível em: <[http://www.seguranca.mg.gov.br/images/seds\\_docs/suapi/Regulamento%20e%20Normas%20de%20Procedimentos%20do%20Sistema%20Prisional%20de%20Minas%20Ger](http://www.seguranca.mg.gov.br/images/seds_docs/suapi/Regulamento%20e%20Normas%20de%20Procedimentos%20do%20Sistema%20Prisional%20de%20Minas%20Gerais%2028.pdf)>. Acesso em: 9 set. 2018.

## OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

*Victória Lúcia Nunes Valadares<sup>50</sup>*

### RESUMO

O inquérito policial no Brasil tem por objetivo investigar e apurar os crimes praticados pela pessoa, sendo que este procedimento se desenvolve através da Polícia Judiciária que tem como objetivo fornecer elementos indiciários para que o Ministério Público possa denunciar o suposto autor do crime à Justiça Pública. Entretanto, existe um sentimento de que o inquérito policial é dotado de um sistema acusatório, no qual o acusado não tem direito a exteriorizar seu contraditório e sua ampla defesa, ou seja, apenas poderá apresentar defesa quando o for recebida à ação penal pelo juiz que, com isso, será intimado para prestar depoimento, ouvir testemunhas e proceder com demais provas nos autos do processo criminal. Destarte, surge a dúvida se no Direito brasileiro poderá existir este procedimento acusatório, pelo qual o acusado não tem garantido as condições mínimas do contraditório e da ampla defesa. Nesta seara, indaga-se: será que a não observância destas garantias ao acusado ofende as disposições constitucionais? Poderá haver nulidade do inquérito policial caso não seja dada oportunidade ao acusado de se defender? São questões serão trazidas no presente trabalho, de modo a compreender o instituto do inquérito policial, e juntamente, fazer um paralelo com as disposições constitucionais, dentre elas, a do contraditório

---

<sup>50</sup> Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

e da ampla defesa. Trata-se, portanto, de um problema que se relaciona com o processo penal, sendo que ao final, será concluído sobre a (i)legalidade de se proceder com o inquérito sem observar as garantias mínimas ao acusado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inquérito Policial. Garantias constitucionais. Contraditório. Ampla defesa.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar os fundamentos sobre a possibilidade ou não de aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial.

O inquérito policial se trata de um procedimento para descobrir o *modus operandi* de uma prática criminal, onde o investigado será conduzido perante a autoridade policial para proceder com interrogatório, prisão em flagrante, reconhecimento da vítima etc.

Neste aspecto, surgem dúvidas se o procedimento é judicial, inquisitório, administrativo ou meramente informativo. Com efeito, o problema que se enfrenta é se no inquérito policial poderá ou não ser aplicado os princípios do contraditório e ampla defesa, considerando que se trata de um procedimento realizado por autoridade do Estado, de modo a ser ou não preenchido o fundamento previsto no inciso LV, artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Destarte, o presente trabalho irá apresentar tais vertentes, de modo que ao final, chegará à conclusão se os princípios do contraditório e da ampla defesa são aplicados ou não no inquérito policial, de acordo com a disposição doutrinária e entendimento jurisprudencial.

E para chegar à conclusão, será abordado no primeiro capítulo sobre o Direito Penal jurídico brasileiro, de forma a se fazer uma análise das garantias do acusado, dentre elas a da

presunção da inocência, da ampla defesa e contraditório e devido processo legal.

Já no segundo capítulo, será discorrido sobre o inquérito policial, apresentando sua definição, finalidade, características e direitos do investigado ou indiciado.

Por fim, no terceiro capítulo serão apontados os fundamentos da aplicação ou não do princípio do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial.

## 2 O DIREITO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Antes de adentrar nos aspectos do inquérito policial, deve-se ter em mente sobre como são as normas do Direito Penal brasileiro. Nesta seara, o Direito Penal objetiva trazer uma pacificação social, enquanto por outro lado, faz com que a pessoa que cometeu o ilícito penal seja punida.

Os tipos de punições existentes no ordenamento jurídico brasileiro são: penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito, pena de multa, perda de bens, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Destaca-se que outros tipos de penas distintas das apresentadas acima não são permitidas, inclusive, encontram-se expressamente proibidas pela Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), conforme pode-se visualizar através do artigo 5º, inciso XLVII:

5º [...]

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Destarte, desde que respeitados os parâmetros constitucionais da pena, o Direito Penal brasileiro possui aspecto punitivo. Para a execução da pena, o legislador criou a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), sendo que é esta a

legislação que determinará a forma e os meios do cumprimento da pena aplicada.(BITENCOURT, 2014).

Neste enfoque, apenas haverá a aplicação da pena se o Estado oferecer as garantias ao acusado, que dentre outros são: o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, presunção de inocência etc.

Significa que são garantias constitucionais que fazem parte de um Estado Democrático de Direito, sendo que a Constituição Federal as elevou como cláusula pétrea, estando previstas no artigo 5º - Dos Direitos eGarantias Fundamentais.

Estas garantias são de aplicação imediata, logo, não dependem de nenhuma outra norma ou legislação para serem efetivamente aplicadas. Devem, portanto, serem aplicadas em qualquer fase do processo criminal, sob pena de tornar o ato nulo, e por consequência, caracterizar um atentado a dignidade da pessoa humana. (BITENCOURT, 2014).

Com isso, não seria admissível um processo penal dissociado de uma filtragem constitucional, pois como bem observa Guilherme de Souza Nucci (2006, p.74):

[...] não se pode visualizar a relação que o Processo Penal possui com o Direito Constitucional, como se fosse uma ciência correlata ou um corpo de normas de igual valor, o que não ocorre. Devemos partir da visão constitucional de direito e democracia, diferenciando direitos e garantias fundamentais, bem como os direitos e garantias humanas fundamentais, para atingir, a partir disso, uma correta e ampla visão do processo penal.

De acordo com Aury Lopes Jr. (2005, p. 40):

O processo penal deve passar pelo filtro constitucional e se democratizar. A democracia pode ser vista como um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, e que se manifesta em todas as esferas dessa complexa relação Estado-indivíduo. Como consequência, opera-se uma

democratização do processo penal, que se manifesta através do fortalecimento do sujeito passivo. O indivíduo submetido ao processo penal passa a ser valorizado juridicamente.

O processo penal somente será legítimo se sua aplicação passar pelo filtro constitucional. (LOPES JR., 2005). Porém, este filtro a ser utilizado não se compara com o instrumento que leva a impunidade. O procedimento em si, apesar de estar voltado para os princípios constitucionais, deve obedecer também os ditames de proteção da própria sociedade, de modo à enfretrar e combater o crime. (LOPES JR. 2005).

Neste sentido, esclarece Aury Lopes Jr. (2008, p. 09):

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque se admite sua exigência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).Assim, existe uma necessária simultaneidade e coexistência entre repressão ao delito e respeito às garantias constitucionais, sendo essa a difícil missão do processo penal.

Quando se fala em Direito Penal no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se agregá-lo aos princípios e garantias estabelecidas pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), dentre

eles o da dignidade da pessoa humana, legalidade, contraditório e ampla defesa. (BITENCOURT, 2014).

Portanto, o Direito Penal, desde que observadas às garantias mínimas do acusado, possui como objetivo reprimir os delitos, logo, se um indivíduo cometer uma conduta tipificada na legislação criminal será aberto procedimento para apurar, investigar e denunciá-lo perante a Justiça, onde o mesmo será julgado e através de sentença criminal, será punido de acordo com a lei.(BITENCOURT, 2014).

Assim, pode-se dizer que o Direito Penal brasileiro não se traduz apenas através do sistema punitivo, mas também pela característica essencial de garantir a todos os princípios inerentes aos aspectos criminais, que dentre outros são: ampla defesa e contraditório, devido processo legal, dignidade da pessoa humana e presunção de inocência, não deixando de lado outros princípios que também fazem parte de todo o sistema processual e que é inerente ao ordenamento jurídico brasileiro. (MIRABETE, 2015).

## 2.1 Garantias mínimas do acusado

É sempre muito importante destacar que os acusados, dentro de um processo criminal, possuem garantias constitucionais. Isto porque, respectivas garantias são inerentes a todos, não podendo nenhuma lei infraconstitucional afastá-las. Dentre essas garantias algumas se destacam como sendo as mais importantes no campo do processo penal, que são: a presunção de inocência, ampla defesa e contraditório e devido processo legal.

E, por se tratar de importantes garantias para um processo justo voltado para a equidade, é imprescindível analisar brevemente cada um delas.

### 2.1.1 Presunção de inocência

Dentro do aspecto do Direito Penal brasileiro existe a

característica básica de se punir o agressor da lei, porém, não se pode afastar a natureza ressocializadora do cumprimento da pena.

Por isso, para que haja uma pacificação social, o legislador optou em punir aqueles que praticam condutas contrárias ao que se prevê na legislação penal, mas também, criou meios de ressocializar o agressor, conforme previsto na Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984).

Conforme diz André Gonzalez Cruz (2012, *online*):

O Estado é uma instituição organizada política, social e juridicamente, tendo um território definido, normalmente onde uma Constituição escrita ocupa o ápice do ordenamento, e dirigida por um governo que possui soberania reconhecida tanto interna como externamente.

Superada esta breve conceituação, e cediço que, para a subsistência de uma sociedade, é necessária a existência de um poder disciplinar restringindo a conduta de seus integrantes, ninguém melhor do que o Estado, a quem incumbe a preservação e a manutenção do bem-estar daqueles, para o exercício desta função.

De tal forma, quando se fala em poder punitivo, leva-se em conta o poder de disciplina, fazendo com que determinadas condutas estejam previstas como ilícito penal, caracterizando em punição caso alguém assim haja. (MIRABETE, 2015).

Neste prisma, elucida Julio Fabbrini Mirabete (2015, p. 23):

[...] uma das tarefas essenciais do Estado é regular a conduta dos cidadãos por meio de normas objetivas sem as quais a vida em sociedade seria praticamente impossível. [...] são estabelecidas regras para regulamentar a convivência entre as pessoas e as relações destas com o próprio Estado.

Salienta-se que é o Estado quem elabora, cria e aplica a

lei através de seus Poderes Legislativo e Judiciário, sendo que respectivos poderes é algo eminente de um Estado Democrático de Direito.

Sem embargo, diz André Gonzalez Cruz (2012, *online*):

[...] a lei é o instrumento utilizado pelo Estado para manter a harmonia e o equilíbrio social, limitando a conduta humana, e sua violação, no campo penal, significa a configuração de um fato delituoso, acarretando, como consequência, a imposição de uma sanção penal.

Deste modo, o papel do Direito Penal é utilizar da lei (princípio da legalidade) para inserir ordem na sociedade, fazendo com que determinadas condutas praticadas sejam consideradas crimes. (CRUZ, 2012).

Sua finalidade, portanto, segundo André Gonzalez Cruz (2012, *online*) é: “[...] proteger os valores mais importantes de uma determinada sociedade, também chamados de bens jurídicos penais, com destaque para a vida, a liberdade, a propriedade, a integridade física, a honra etc.”.

Destarte, embora o Estado tenha a prerrogativa de proceder com a acusação criminal daquele que supostamente infringiu as normas penais, e caso seja punido, ter a garantia de poder ser ressocializado, o indivíduo durante toda a fase processual deverá ter condições de oferecer sua defesa, atrelado ao fato de que a presunção de inocência é a primeira garantia a ser observada pelo Estado.

Sendo assim, o princípio da presunção de inocência encontra-se estampado constitucionalmente como sendo uma garantia fundamental da pessoa humana, ou seja, a pessoa já nasce com ela, não podendo ninguém tirá-la ou excluí-la.

Trata-se da dignidade da pessoa humana, significando que todos são inocentes até que se prove o contrário.

Esta garantia da presunção de inocência está prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Conforme diz Renata Silva e Souza (2011, *online*):

É certo que o Estado brasileiro tem direito

e interesse em punir indivíduos que tenham condutas em desconformidade com a lei, podendo aplicar sanção a aqueles que cometem ilícitos. No entanto esse direito-dever de punir do Estado deve conviver e respeitar a liberdade pessoal, um bem jurídico do qual o cidadão não pode ser privado, senão dentro dos limites da lei.

Portanto, diante do cometimento de um ilícito, para que o Estado imponha pena, ele deverá respeitar o suposto autor de tal ilícito, dando-lhe todas as garantias constitucionais, e permitindo que este se defenda, e não tenha sua liberdade cerceada. Sendo necessário, portanto, que ocorra um processo, e enquanto não houver sentença transitada em julgado, em que o Estado prove a culpabilidade, o suposto autor será presumido inocente.

Ainda sobre a aplicação do princípio da presunção de inocência, assevera Renata Silva e Souza (2011, *online*):

A presunção de inocência é na verdade um estado de inocência, no qual o acusado permanece até que seja declarado culpado por sentença transitada em julgado. Logo, o acusado é inocente durante o processo e seu estado só se modificará com a declaração de culpado por sentença.

A aplicação desse princípio ocorre tanto no campo probatório, quanto no tratamento de um acusado em estado de inocência. No primeiro caso, o acusado deve ser presumido inocente, cabendo a parte que acusa provar a veracidade do fato, e a culpabilidade do acusado. E só depois de sentença condenatória transitada em julgado, decorrente de processo judicial, é que ele pode ser considerado culpado.

Existe ainda um terceiro campo de aplicação do princípio da presunção de inocência, que também é explicado por Renata Silva e Souza (2011, *online*):

Trata-se da imposição de prisão cautelar a um acusado. Além da prisão definitiva, sanção penal posterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória definitiva, existe também a prisão provisória, que ocorre no decorrer do processo como medida cautelar e excepcional, só sendo possível essa prisão antes do trânsito em julgado da sentença definitiva quando for indispensável para assegurar o curso do processo, e condicionada também à presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Essa prisão cautelar é legal e aceitável, desde que atenda a todos os requisitos, e seja devidamente fundamentada, uma vez que se perder esse caráter instrumental do processo, acaba por tornar-se execução antecipada de pena, que fere frontalmente o princípio da presunção de inocência.

Assim, quando se fala em presunção de inocência, trata-se de uma verdadeira garantia em favor do acusado, que poderá responder as acusações de forma ampla, de modo a demonstrar ao Estado que não atuou contra a lei, sendo que é o Ministério Público, órgão responsável pela acusação, que tem a obrigação de demonstrar e colher as provas para uma possível denúncia para aplicação da lei penal. (CAPEZ, 2016).

#### 2.1.2 *Ampla defesa e contraditório*

Outra garantia que deve ser devidamente observada pelo Estado é a da ampla defesa e contraditório, conforme determina o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 5 [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral

são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O processo criminal funciona através do conflito de interesses, sendo que o Estado julgará o caso concreto. Caberá, por sua vez, ao Ministério Público a pretensão de acusar o infrator, enquanto este, por disposição constitucional, oferecerá resistência através da ampla defesa e contraditório. (CAPEZ, 2016).

02): Analisando a questão, ensina Fernando Capez (2004, p.

Tal atuação é a tarefa por que o Estado, substituindo as partes em litígio, através de seus órgãos jurisdicionais, põe fim ao conflito de interesses, declarando a vontade do ordenamento jurídico ao caso concreto. Assim, o Estado-Juiz, no caso da lide penal, deverá dizer se o direito de punir procede ou não, e, no primeiro caso, em que intensidade pode ser satisfeito. É imprescindível a prestação jurisdicional para a solução do conflito de interesses na órbita penal, não se admitindo a aplicação da pena por meio da via administrativa. Até mesmo no caso das infrações penais de menor potencial ofensivo, em que se admite a transação penal (jurisdição consensual), há a necessidade da homologação em juízo. Trata-se, pois, de jurisdição necessária, já que o ordenamento jurídico não confere aos titulares dos interesses em conflito a possibilidade, outorgada pelo direito privado, de aplicar espontaneamente o direito material na solução das controvérsias oriundas das relações da vida. Nesse ponto entra o processo penal. A jurisdição só pode atuar e resolver o conflito por meio do processo, que funciona, assim, como garantia de sua

legítima atuação, isto é, como instrumento imprescindível ao seu exercício. Sem o processo, não haveria como o Estado satisfazer sua pretensão de punir, nem como o Estado-Jurisdição aplicá-la ou negá-la.

Neste prisma, a presunção de inocência vai de encontro ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Ou seja, o juiz tem a obrigação-dever de analisar e averiguar os fundamentos da defesa, na qual levará em consideração quando proferir a sentença. (CAPEZ, 2016).

Neste enfoque, a doutrina assim conceitua o instituto da ampla defesa e contraditório dentro do sistema processual criminal, conforme ensinamentos de Tereza Nascimento Rocha Doró (1999, p.129):

Esse princípio processual deriva da garantia constitucional de quem ninguém poderá ser privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal.

Além de existir um processo, deverá ele assegurar a completa igualdade entre as partes, o contraditório e a ampla defesa.

Essa ampla defesa compreende conhecer o completo teor da acusação, rebatê-la, acompanhar toda e qualquer produção de prova, contestando-a se necessário, ser defendido por advogado e recorrer de decisão que lhe seja desfavorável.

Igor Luis Pereira e Silva (2012, p.270) expõe ainda que:

O princípio da ampla defesa determina a participação efetiva no processo penal, abrangendo a autodefesa, a defesa técnica, a defesa efetiva e a possibilidade de utilização de todos os meios de prova passíveis de demonstrar a inocência do acusado, incluindo as provas obtidas ilicitamente.

Já Ionilton Pereira Do Vale (2009, p.277) disserta que:

A autodefesa se manifesta ao interrogatório, e no direito à audiência. Por esse direito o acusado tem a prerrogativa e o direito de estar presente à audiência, quando da oitiva das testemunhas de acusação e de defesa. É dever do Estado assegurar ao réu preso o direito de comparecer à audiência de inquirição de testemunhas, ainda mais quando arroladas pelo Ministério Público.

E complementando os ensinamentos acima, Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 290) afirma que:

A ampla possibilidade de se defender representa a mais copiosa, extensa e rica chance de se preservar o estado de inocência, outro atributo natural do ser humano. Não se deve cercear a autoproteção, a oposição ou a justificação apresentada; ao contrário, exige-se a soltura das amarras formais, porventura existentes no processo, para que se cumpra, fielmente, a Constituição Federal.

Assim, a ampla defesa e o contraditório são corolário do Estado Democrático de Direito, sendo que o Estado deve garantir meios ao acusado de apresentar sua defesa, para depois, decidir através da sentença se o mesmo é ou não culpado pelos fatos imputados no processo criminal. (NUCCI, 2014).

O que gera dúvidas é se o contraditório e a ampla defesa estão garantidos dentro do procedimento do inquérito policial, que trata apenas de uma fase da investigação criminal para o colhimento da materialidade do crime. Por ser um tema relacionado ao objetivo central do trabalho, será feita sua análise em capítulo próprio.

### 2.1.3 Devido processo legal

Por fim, tem-se o princípio do devido processo legal, que é justamente a forma de alcançar a ampla defesa e o contraditório. Ou seja, o devido processo legal é o instrumento que leva o Estado a acusar o suposto infrator da lei, e ao mesmo

tempo, concede ao acusado meios de se alcançar a sua defesa. (NUCCI, 2014).

Além disso, o devido processo legal não se configura apenas no aspecto processual da apresentação da acusação e defesa, mas também se caracteriza pelo aspecto de garantir meios de proceder com a defesa, como por exemplo, através da assistência do advogado, conforme estabelece o artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “[...] o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Importante ainda mencionar que o devido processo legal encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Assim, quando se fala em devido processo legal, significa que para o indivíduo ser punido pelo Estado, deverá preceder de um processo, na qual lhe garanta todas as formas de defesa inerentes a sua pessoa, para no fim, o juiz, de forma fundamentada, apresentar suas convicções através da sentença. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014).

Neste sentido, são as palavras de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2014, p. 131), quando dizem que o devido processo legal é o: “[...] processo devidamente estruturado mediante o qual se faz presente a legitimidade da jurisdição, entendida jurisdição como poder, função e atividade”.

Marcus Cláudio Acquaviva citado por Wellington Soares da Costa (2002, *online*) assevera que esse princípio:

- a) gera a garantia de que todo e qualquer processo se dá em relação a fatos cuja ocorrência é posterior às leis que os regulamentam; b) significa também que o Poder Judiciário deve apreciar as lesões e ameaças à liberdade e aos bens dos indivíduos.

Já José Eduardo Carreira Alvim (1999, p. 64) diz que:

[...] um dos exemplos do princípio do

devido processo legal se encontra no princípio de que *nula poenasine iudicio* – não há pena sem processo. Trata-se de um princípio do direito penal, significando que nenhuma sanção penal pode ser imposta sem a intervenção do juiz, através do competente processo. Nem com a concordância do próprio infrator da norma penal, pode ele sujeitar-se à sanção, extrajudicialmente.

E conforme Nelson Nery Júnior citado por Wellington Soares da Costa (2002, *online*), o devido processo legal: “[...] nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”.

Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci (1993, p. 18) elaboram fundamentos a respeito deste princípio da seguinte forma:

- a) elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*, segundo o desdobramento da concepção norte-americana);
- b) aplicação judicial das normas jurídicas (não só da lei, como tal própria e estritamente concebida, mas, por igual, de toda e qualquer forma de expressão do direito), através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o ‘processo’ (*judicial process*);
- c) assecuração, neste, de paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial.

Diante do até aqui exposto, pode insurgir outra dúvida quanto à garantia do devido processo legal no inquérito policial. Como dito, o devido processual legal se traduz na própria

garantia do contraditório e da ampla defesa. No caso, conforme explica Aldo Ribeiro Britto (2012, *online*):

[...] apesar de a jurisprudência considerar o Inquérito Policial um procedimento administrativo informativo prévio a ação penal, de “natureza inquisitorial (não contraditória) por não ser processo (em sentido estrito), já que não destinado a decidir litígio algum”, é inegável que neste incide plenamente a garantia do devido processo legal, ainda mais se for considerado o fato deste comportar diversas medidas que cerceiam direitos individuais.

Para corroborar com a assertiva acima, qual seja, de que no inquérito policial deve haver o devido processo legal, significando que deve existir plenitude de condições de defesa, o Supremo Tribunal Federal já editou a Súmula Vinculante nº. 14 (BRASIL, 2009, *online*), que possui a seguinte redação:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

## 2.2 Sistemas Processuais penais

Para uma nítida compreensão acerca do tema que está sendo estudado é imprescindível uma análise concisa sobre os sistemas processuais penais. O processo penal, em sua estrutura, evoluiu ao longo dos séculos podendo afirmar que este estaria ligado diretamente à Constituição Federal do país. Nestor Távora (2016, p. 319) afirma que o sistema processual penal está contido dentro do sistema judiciário, sendo assim uma espécie do sistema constitucional. Historicamente, existem três modalidades de sistemas processuais aplicáveis ao estudo em tela que será aduzido a seguir.

### 2.2.1 Sistema Inquisitivo

O sistema inquisitivo foi adotado pelo Direito canônico no século XIII e predominou até o início do século XIX. Sua principal característica é a concentração em uma única pessoa, das funções de acusar, defender e julgar, assumindo assim a função de juiz inquisidor. (LIMA, Renato Brasileiro de, 2017, p. 178)

Não existe, nesse sistema, uma estrutura contraditória e de ampla defesa. Assim como não há imparcialidade, visto que o juiz inquisidor é favorecido por uma ampla iniciativa probatória decidindo a lide a partir da prova que ele mesmo produziu.

Aury Lopes Jr. elucida no que se refere às características do sistema inquisitivo:

- a) Gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz (figura do juiz-autor e do ativismo judicial = princípio inquisitivo);
- b) Ausência de separação das funções de acusar e julgar (aglutinação das funções nas mãos do juiz);
- c) Violação do princípio *neprocedatiudexexofficio*, pois o juiz pode atuar de ofício (sem prévia invocação);
- d) Juiz parcial;
- e) Inexistência de contraditório pleno;
- f) Desigualdade de armas e oportunidades.

Em síntese, o sistema inquisitivo é um sistema rigoroso, sigiloso, onde a tortura é adotada como forma de confissão, sendo ela uma das provas mais importantes existentes na época. O inquisidor, que seria o magistrado, desempenhava a função de acusador e juiz simultaneamente, tendo com isso extensos poderes de investigação e de produção de provas.

Devido a essas características é inequívoco dizer que o sistema inquisitivo é absolutamente incompatível com os direitos e garantias individuais, neste nota-se violada a própria Constituição Federal.

### 2.1.2 Sistema Acusatório

O sistema acusatório se caracteriza por duas partes distintas, sendo elas a acusação e a defesa, ambas se sobrepondo a um juiz em uma situação de igualdade de condições, predominando a imparcialidade e o efetivo contraditório.

Para Marcus Cláudio Acquaviva (1992, p.10) o sistema acusatório se consistia em a própria vítima dar início à ação penal, sendo o juiz afastado dessa iniciativa probatória.

Aplica-se no sistema acusatório o princípio da presunção de inocência onde se tem como característica a oralidade e a publicidade, por conseguinte, a regra era que o acusado permanecesse solto durante todo o andamento processual.

O juiz, como já citado, não pode determinar de ofício a produção de provas, sendo estas fornecidas pelas partes e prevalecendo as provas testemunhais e do acusado.

Como características desse sistema pode-se citar a igualdade entre acusação e defesa, a separação entre o juiz e a acusação, a publicidade e a oralidade do julgamento. Logo, pode-se observar que a principal diferença entre este sistema e o sistema inquisitivo é a gestão de provas e a posição dos sujeitos processuais.

É de se ressaltar que, o inquérito policial não descaracteriza o sistema acusatório, pois se trata de um procedimento administrativo, sendo assim uma fase pré-processual que tem como base a formação da *opiniodelict* pelo titular da ação penal, neste procedimento não há partes, contraditório ou ampla defesa. (TÁVORA, Nestor.)

Em última análise, o sistema acusatório se resume na separação de funções tendo por consequência a gestão da prova na mão das partes e não do juiz.

### 2.1.3 Sistema Misto

O sistema misto foi enraizado pela Revolução Francesa tendo como marco legal o *Code d'Instruction Criminelle* francês de 1808.

Leva esse nome pela divisão do processo em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, onde não há acusação, por conseguinte não há contraditório, o que se busca nessa fase é a apuração da autoria e materialidade de um fato delituoso. A segunda fase é de caráter acusatório, onde o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, nesta fase vigora-se, em regra, a oralidade e publicidade. Trata-se de um sistema que se afasta de um modelo puro.

Grande parte da doutrina afirma que o processo penal brasileiro é classificado pelo sistema misto, ou seja, inquisitório na primeira fase (inquérito) e acusatório na fase processual.

Nestor Távora Rodrigues (2016, p. 345) define há no sistema misto:

- a) Investigação preliminar, a cargo da polícia judiciária;
- b) Instrução preparatória, patrocinada pelo juiz instrutor;
- c) Julgamento: só este último, contudo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa;
- d) Recurso: normalmente há o "recurso de cassação", no qual se impugnam apenas as questões de direito, mas também é possível o "recurso de apelação", no qual são impugnadas as questões de fato e de direito.

## 3 DO INQUÉRITO POLICIAL

Para que seja analisado o procedimento do inquérito policial, inicialmente é importante destacar sobre sua terminologia, conceito e competência. No que tange a terminologia, vem de persecução criminal ou *persecutio criminis*, conhecido também por persecução penal. (MIRABETE, 2015).

Essa terminologia *persecutio criminis* é apresentada por De Placido e Silva (1986, p. 359): “[...] derivada do latim *persecutio* (seguir sem parar, ir ao encalço, perseguir), é tomada

na acepção jurídica como ação de seguir ou perseguir em justiça”.

Sobre o significado de *perscecutiocriminis*, pode-se dizer que, quando ocorre uma infração penal, antes da abertura de um processo penal, ou seja, antes de uma ação penal ser instaurada pela Justiça, é necessário que haja uma investigação preliminar que será procedida por autoridade competente, de modo a obter provas e indícios suficientes da autoria do crime. (MIRABETE, 2015).

Isto é, a investigação será realizada para verificar se aquele crime realmente ocorreu e quem foi o autor. Portanto, não se pode instaurar um processo criminal sem antes proceder com esta análise prévia, caso contrário, seria temerário acusar alguém sem ao menos investigar, apurar e obter indícios mínimos de autoria e materialidade do crime. (MIRABETE, 2015).

O inquérito policial surgiu entre nós com a lei nº 2.033/71, regulamentada pelo Decreto Lei nº 4.824/71, sendo definido em seu art. 42 nestes termos:

"O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito."

Tourinho Filho (2016, p. 277) conceitua o inquérito como:

"o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo."

Isto é, inquérito policial é um procedimento administrativo preparatório e inquisitório, presidido pela autoridade policial com o fito de identificar os elementos que atestem a materialidade do ilícito penal e seu autor.

Uma vez praticada a infração penal, é salutar a necessidade de atuação do Estado no dever/direito de punir o infrator (*jus puniendi*) e para isso é necessário que se instaure um processo investigativo com a finalidade de coligar elementos que demonstrem a autoria e a materialidade do delito, viabilizando o início da ação penal.

O art. 4º do Código de Processo Penal Brasileiro, estabelece que é de competência da Polícia Judiciária conduzir/presidir inquéritos policiais no âmbito de suas respectivas circunscrições, a fim de apurar as infrações penais e sua respectiva autoria, levando-o com autonomia e controle.

Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 198) afirma que o inquérito:

[...] trata-se de um procedimento de natureza instrumental, porquanto se destina a esclarecer os fatos delituosos relatados na notícia de crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou arquivamento da persecução penal.

Nesta mesma linha o autor defende uma dupla função do inquérito devido esse caráter instrumental que são: preservadora e preparatória, onde a primeira defende que a investigação preliminar inibe a instauração de processos penais infundados, ao passo que a segunda proporciona elementos de informação para que o titular da ação ingresse em juízo, além de defender meios de provas que poderiam desaparecer com o decurso do tempo.

Logo, Nestor Távora (2011, p. 289) conceitua inquérito policial como:

Procedimento administrativo, preliminar, presidido pelo delegado de polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito e os elementos que atestem a sua materialidade (existência), contribuindo para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, ou seja, fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado.

Com efeito, é através do inquérito policial que é realizado a investigação criminal, sendo procedida pela Polícia Judiciária, que corresponde a Polícia Civil ou Polícia Federal através de seus respectivos Delegados de Polícia, na qual é a autoridade para presidir e praticar diligências no inquérito. Participam também do inquérito policial outros servidores que possuem funções variadas dependendo do cargo que ocupam, como por exemplo: detetives, escrivães, investigadores e demais policiais que auxiliam na busca da autoria e materialidade do crime.(MIRABETE, 2015).

É importante ressaltar que o Ministério Público também possui competência para requisitar diligências no âmbito do inquérito policial, conforme previsto no artigo 129, inciso VIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

De tal forma, quando se fala em *persecutio criminis*, importante apontar a ideia cuja conotação é perseguir o crime. (MIRABETE, 2015). Significa que o Estado perseguirá o crime, ou seja, quem irá investigar e elucidar a infração penal é o Estado através de seus agentes públicos.

Aliás, esta atividade de perseguir o crime é dividida em duas etapas. Rodrigo Castello (2012, *online*) demonstra cada uma delas da seguinte forma:

- a) Investigação criminal: com efeito, o meio mais comum para a colheita de elementos de informações, conquanto não exclusivo, é o inquérito policial, o qual tempo por, nos termos do art. 242 do Anteprojeto do Código de Processo Penal de Jose Frederico Marques, a apuração de fato que configure infração penal e respectiva autoria, para servir de base à ação

penal ou às providências cautelares. Segundo o art. 4º do Código de Processo Penal, cabe à polícia judiciária, exercida pelas autoridades policiais, a atividade destinada à apuração das infrações penais e da autoria por meio do inquérito policial, preliminar ou preparatório da ação penal;

- b) Processo penal (processual): à soma dessa atividade investigatória com a ação penal dá se o nome de persecução penal.

Observe-se que, de início, se tem a investigação criminal preliminar que é realizada por meio do inquérito policial, e depois de procedido com respectiva investigação, haverá a instauração penal através do processo penal. (CASTELLO, 2012).

Sendo assim, o inquérito policial possui como objetivo principal colher indícios de materialidade e autoria para que futuramente, através da ação penal, seja instaurada no judiciário. (CASTELLO, 2012).

Em relação ao conceito, Fernando Capez (2003, p. 70) diz que o inquérito policial é: “[...] o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º)”.

E de acordo com Julio Fabbrini Mirabete (2001, p. 76):

[...] inquérito policial é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários a apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatório, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exames periciais etc.

Assim, quando se fala do conceito de inquérito policial, percebe-se que é instaurado na Polícia Judiciária, através dos

órgãos que exercem esta atividade judiciária, sendo eles: Polícia Federal (âmbito federal) e Polícia Civil (âmbito estadual). (MIRABETE, 2001).

A diferença entre Polícia Federal e Polícia Civil para fins de competência para instauração do inquérito policial se direciona nos tipos de crimes. O artigo 109, a partir de seu inciso IV da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), por exemplo, traz quais são os crimes de âmbito federal, sendo eles:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

[...]

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

Conseqüentemente, como os crimes acima especificados se tratam de crimes federais, a competência para investigá-los será da Polícia Federal. Em relação à denúncia, quem irá oferecer é o Ministério Público Federal, representado pelo Procurador da República, sendo que quem julgará são juízes federais.

No que tange a Polícia Civil, possuirá competência para investigar e instaurar inquérito para crimes de âmbito estadual, cuja competência para processar e julgar será da Justiça Estadual. No caso, para saber se a competência será estadual, basta verificar a competência residual, ou seja, se não constar nos crimes previstos no artigo 109 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ou se não for crimes de competência da Justiça Eleitoral ou Justiça Militar, então será de competência estadual.

Por sua vez, esta regra de competência possui exceção, pois poderá existir lei prevendo que se determinada infração penal for de competência estadual será possível à realização de investigações com abertura de inquérito policial pela Polícia Federal. É o que prevê a Lei nº. 10.446/02 (BRASIL, 2002), que dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme.

Assim sendo, verificadas as primeiras análises sobre o inquérito policial, na qual destacou sobre sua terminologia, conceito e competência, passa-se a demonstrar sua finalidade, conforme tópico a seguir.

### **3.1 Finalidade**

Como já dito previamente, o inquérito policial tem por objetivo colher elementos de materialidade e autoria de um crime, para depois ser oferecida denúncia pelo Ministério Público, e adiante, transformar em processo criminal.

Com efeito, são estes elementos ou indícios que darão suporte para que a ação penal venha a ser ingressada no judiciário. Ou seja, somente haverá a ação penal caso existam elementos concretos que a infração penal foi praticada e quem é o infrator do ilícito. (MIRABETE, 2015).

Destarte, a partir do momento em que o inquérito policial alcança estes objetivos, significa que a sua finalidade girou em torno de perseguir a apuração de um crime.

(FRANCO, 1992).

Paulo Alves Franco (1992, p. 14) ensina sobre a finalidade do inquérito policial:

Através do inquérito policial a autoridade apura a infração penal e a sua autoria e informa ao juiz sobre o que foi apurado. Fornece ao magistrado todas as informações necessárias, que deverão estar contidas no relatório. Através dessas informações é que o Ministério Público irá oferecer a denúncia ou requerer o arquivamento dos autos, ao Juiz, se os elementos neles contidos não possibilitarem o oferecimento da denúncia.

Por outro lado, Flávio Meirelles Medeiros (1992, p. 23) diz que a finalidade do inquérito policial pode ser classificada em mediata e imediata: “A mediata seria o fim futuro, o de fornecer subsídios para o órgão acusador promover a ação, já a imediata consiste na apuração dos indícios de autoria e materialidade do delito durante as investigações policiais”.

Flávio Meirelles Medeiros (1992, p. 24) ainda salienta para outros tipos de finalidades do inquérito policial:

[...] a finalidade do inquérito policial não consiste em só averiguar um ato criminoso, também tem como finalidade verificar se o autor do ato agiu protegido de alguma excludente de antijuridicidade ou excludente de culpabilidade, sendo estas, posteriormente averiguadas para a correta confirmação, ou não.

De toda forma, mesmo que o Delegado de Polícia conclua sobre alguma excludente de antijuridicidade ou culpabilidade, ele não tem o poder de arquivar o inquérito policial. (CAPEZ, 2016). É o que dispõe o artigo 17 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, *online*): “A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”.

Obrigatoriamente, depois de alcançar a finalidade do inquérito, o Delegado de Polícia deverá remeter os autos ao

Ministério Público, sendo que é o representante do Ministério Público quem possui competência para requerer o arquivamento. (CAPEZ, 2016).

De toda forma, ao requerer o arquivamento do inquérito policial, o juiz deverá acatar o pedido, pois é o Ministério Público o titular da ação penal pública, ou seja, é o órgão acusador, não podendo assim, o juiz invadir sua competência. (CAPEZ, 2016).

Por fim, importante acrescentar que existem diversos atos que a Polícia Judiciária desenvolve para que ocorra a efetiva investigação criminal, de modo a alcançar a finalidade do inquérito policial. Dentre eles, são: exame de corpo de delito, oitiva de testemunhas, perícias em instrumentos utilizados no crime, perícia no local do crime, busca e apreensão, reconhecimento e acareação, interrogatório do investigado, depoimento da vítima, análise de vídeos ou demais meios tecnológicos etc. (CAPEZ, 2016).

### 3.2 Características

Existem várias características relativas ao inquérito policial, sendo uma delas a da discricionariedade. No inquérito policial haverá uma pessoa que é a autoridade na qual será responsável pelo procedimento investigativo, que é o Delegado de Polícia, podendo ser da Polícia Federal ou da Polícia Civil, dependendo da competência da investigação.

Essa autoridade conduz as investigações conforme juízo de oportunidade e conveniência, por isso se fala em discricionariedade. Entretanto, mesmo havendo a discricionariedade, não significa que poderá o Delegado de Polícia realizar qualquer prática que julgar necessária, e isto porque, atua em nome do Estado, e justamente por isso, deve-se atentar para a legalidade de seu ato.

Nas palavras de William Garcez (2017, *online*):

[...] o delegado de polícia é, antes de tudo, um garantidor de direitos, pois, consubstanciado em uma carreira jurídica do Estado, é essencial à atividade da Justiça. E, não obstante a Constituição defina que a função precípua da polícia judiciária seja a apuração das infrações

penais, não se pode olvidar que ela também estabelece um rol de direito e garantias fundamentais que deve ser observado pelo Estado em todas as suas ações.

A investigação criminal, como ponto de partida da persecução penal, deve atender ao interesse público de elucidar crimes, mas sem abrir mão do respeito aos direitos individuais daquele que é investigado. Aliás, refira-se, a combinação entre os direitos fundamentais e a segurança pública é a quinta-essência a ser buscada por um Estado que se diz Democrático e Constitucional. Nunca é demais referir que a sociedade moderna, moldada a partir da Constituição de 1988, a um só tempo, quer segurança, respeito aos direitos constitucionais e uma autoridade de polícia judiciária dedicada e capaz de viabilizar o amalgamento desses postulados tão importantes e indispensáveis, que, em uma análise equivocada, parecem inconciliáveis.

Deste modo, a investigação criminal, sendo um meio preliminar de investigação para alcançar uma futura ação penal, deverá ser dotada de preceitos que garantem os direitos fundamentais da pessoa. Neste sentido, Fábio Motta Lopes (2009, p. 20) diz que o inquérito policial:

[...] deve assegurar a todos os indivíduos, principalmente àqueles que sejam acusados da prática de uma infração penal, os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, levando-se em conta, sempre, a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, segundo se verifica no art. 1º, inciso III do texto constitucional, e que o poder estatal deve ser limitado.

Neste passo, quando o Delegado de Polícia atua de forma legal e de acordo com os ditames constitucionais, pode-se dizer que possui discricionariedade para atuar no inquérito policial.

Inclusive, existe fundamento de que até mesmo as requisições do Ministério Público no inquérito policial poderão deixar de serem praticadas pelo Delegado de Polícia, desde que devidamente fundamentadas, em razão desta característica da discricionariedade. (GOMES; SCLiar, 2008).

É o que acentuam Luiz Flávio Gomes e Fábio Scliar (2008, *online*):

A autoridade policial, munida do poder discricionário na condução da investigação, só deve satisfazer à lei. Não obstante a Polícia Judiciária seja órgão da Administração, sujeita ao princípio da hierarquia, esta não interfere no âmbito do inquérito criminal. Aqui, o delegado de polícia age com ampla liberdade em função da natureza da atividade que realiza.

A condição de autoridade que reveste o cargo de delegado faz com que aja com completa independência na condução da investigação policial, desautorizando qualquer determinação que seja contrária à sua convicção. Desta forma, não pode o chefe da Delegacia determinar que o delegado instaure inquérito policial, indicié, prenda ou execute determinada diligência se com estas decisões a autoridade não concordar.

[...]

O mesmo raciocínio se aplica ao Ministério Público que no decorrer da investigação fica jungido a executar apenas o controle externo determinado pelo constituinte.

[...]

O delegado de polícia não está a serviço do Ministério Público, mas do Estado, como autoridade investida de parcela do múnus público no escopo de esclarecer a existência de fatos ilícitos e sua autoria.

A possibilidade de o membro do *parquet* requisitar diligências é limitada pela necessidade de fundamentação de suas manifestações e pela ampla discricionariedade que tem o delegado de polícia na condução do apuratório, tendo plena autonomia técnica e tática na direção da investigação, podendo por isso mesmo rejeitar, sempre fundamentadamente, requisições impertinentes, desarrazoadas ou apresentadas a destempo.

O indiciado também pode solicitar ao presidente do inquérito policial, na forma do artigo 14 do código de Processo Penal que realize diligências, e, neste caso, a rejeição destas medidas também não pode ser atitude caprichosa do delegado, é preciso que a decisão de rejeição seja motivada em obediência ao mandamento constitucional da motivação dos atos administrativos.

[...]

Portanto a requisição ministerial de diligências no decorrer do inquérito policial não é vinculativa, tendo natureza de sugestão de diligência, com a mesma estatura do requerimento de diligências formulado pelo investigado, em função não apenas do princípio da separação de poderes, que confere a discricionariedade

ao delegado de polícia, como também do princípio da isonomia material que deve nortear o eventual futuro processo.

Embora haja esta corrente da não obrigatoriedade do Delegado de Polícia em proceder com as diligências requisitadas pelo Ministério Público, o entendimento na prática é que deverá ser realizá-las, principalmente quando requisitadas pelo juiz, a teor do que prescreve o artigo 13, inciso II do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, *online*):

Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial:

[...]

II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;

O próprio autor Luiz Flávio Gomes (2012, *online*) explica essa hipótese, apontando para o crime de desobediência caso não cumpridas as requisições pelo Delegado de Polícia:

O inquérito policial é norteador pelo princípio da discricionariedade e com isso, o delegado tem liberdade para conduzir as investigações de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Sabendo-se que age com discricionariamente, ele pode negar pedidos investigativos? Depende.

Se o pedido for feito pela vítima ou pelo suspeito e se o reputar impertinente, pela característica da discricionariedade, o delegado pode indeferir. Deste indeferimento, entende-se que é possível recurso para o chefe de Polícia, em analogia com o disposto no art. 5º, § 2º, do CPP (Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia). Se

houver, no entanto, requisição do membro do Ministério Público ou do próprio juiz estará o delegado obrigado a cumprir. Se, contudo, não observar o conteúdo da requisição há quem entenda que se trata de crime de desobediência e há quem defenda a ocorrência de prevaricação.

Este crime de desobediência gira em torno de que a requisição significa uma obrigação, e por isso, o Delegado de Polícia deverá cumprir as diligências determinadas. (GOMES, 2012).

Mas, se não for o caso de requisição de diligências pelo Ministério Público ou pelo juiz, como o Delegado de Polícia possui a prerrogativa da oportunidade e conveniência, é ele quem definirá quais serão as diligências que serão realizadas no curso do inquérito policial e também definirá a ordem de realização dessas diligências.

Desta forma, poderá o Delegado de Polícia ouvir primeiro o suposto infrator do crime, para depois, ouvir as testemunhas e a vítima. Observe-se, neste caso, que a ordem não se encontra igual ao do procedimento previsto no processo penal, justamente porque o Delegado possui essa liberalidade em proceder com as investigações.

No Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, *online*) existe artigo expresso que indica sobre a discricionariedade do Delegado de Polícia, conforme se pode extrair do artigo 14: "O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade".

Interpretando o artigo 14 acima transcrito, o Delegado de Polícia poderá ou não atender as diligências solicitadas, atuando assim de forma discricionária, porque poderá fazer juízo de oportunidade.

Sublinhe-se, neste caso, considerando a discricionariedade do Delegado de Polícia, poderá até mesmo decidir sobre lavrar ou não o Auto de Prisão em Flagrante Delito. Neste caso, explica Julio Fabbrini Mirabete citado por Joaquim Leitão Júnior (2016, *online*):

Ao receber o preso e as notícias a respeito

do fato tido como criminoso, a autoridade policial deverá analisar estes e os elementos que colheu com muita cautela, a fim de verificar se é hipótese de lavrar o auto de prisão em flagrante. A prisão não implica obrigatoriamente na lavratura do auto, podendo a autoridade policial, por não estar convencida da existência de infração penal ou por entender que não houve situação de flagrância, conforme for a hipótese, dispensar a lavratura do auto, determinar a instauração de inquérito policial para apurar o fato, apenas registrá-lo em boletim de ocorrência etc., providenciando então a soltura do preso.

Sobre o mesmo tema em discussão, Fernando da Costa Tourinho Filho (2004, p. 460) aduz que:

Por derradeiro: como se infere do próprio § 1.º do art. 304, quando da ouvida do condutor e das testemunhas, "pode não resultar suspeita contra o conduzido", não podendo então a autoridade mantê-lo preso. É até caso de o Delegado relaxar o flagrante.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2004, p. 477) prossegue explicando o seguinte:

Poderá a Autoridade Policial relaxar a prisão? Pelo que se infere do § 1.º do art. 304 do CPP, tal será possível. Se, quando da lavratura do auto, não resultar das respostas dadas pelo condutor, pelas testemunhas e pelo próprio conduzido, fundada suspeita contra este, a autoridade não poderá mandar recolhê-lo à prisão. E, se não pode assim proceder, conclui-se que a Autoridade Policial deve relaxar a prisão, sem, contudo, descumprir o preceito constitucional inserto no art. 5.º, LXII, a fim de que se apure possível responsabilidade da autoridade coatora, isto é, da autoridade que efetuou a

detenção.

Assim, claro está sobre a discricionariedade que o Delegado de Polícia possui em conduzir o inquérito policial, ressaltando que deve atuar sempre de forma legal e compatível com os ditames contidos nas normas jurídicas.

Mas, se por acaso o Delegado de Polícia cometer algum vício no inquérito policial, será considerado nulo? Neste caso, o vício no inquérito não terá o condão de contaminar a ação penal subsequente. Isto porque, se os indícios de autoria e materialidade se mostrarem presentes no inquérito policial, mesmo ocorrendo vícios, o Ministério Público poderá realizar a denúncia para fins de ingressar com a ação penal.

Por outro lado, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, se acontecer que o único indício de autoria e materialidade que constar no inquérito policial foi colhido de forma ilícita, como por exemplo: interceptação telefônica sem autorização judicial, sendo a única base para a denúncia; ou nos casos de mandado de busca e apreensão sem mandado judicial; nestes dois casos exemplificados, respectivos vícios poderão sim contaminar a ação penal subsequente.

Esta é a teoria denominada pela doutrina como “Frutos da Árvore Envenenada”. Sendo o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito deste assunto, o seguinte:

[...]

A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da

persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. (STF. RHC 90376 / RJ. Recurso em *Habeas Corpus*. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 03 abr. 2007. Data de publicação: 18 mai. 2007). (BRASIL, 2007, *online*)

Resta dizer, portanto, que a discricionariedade do Delegado de Polícia está atrelada a sua conveniência e oportunidade, desde que respeitada à lei, ressaltando que eventuais vícios não maculam a posterior ação penal, salvo se a única prova de materialidade e autoria do crime for produzida de forma ilícita.

Frisa-se que em determinadas situações a característica da discricionariedade não poderá ser utilizada pelo Delegado de Polícia, porque a própria lei determina a realização das

diligências, como no caso do artigo 158 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, *online*): “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Ou seja, sempre que o crime deixar vestígios, o Delegado de Polícia estará obrigado a realizar o exame de corpo de delito, pois essa diligência é imposta pela lei, não havendo o critério de discricionariedade.

Portanto, estes são os pontos principais da discricionariedade do Delegado de Polícia no inquérito policial, porém, existem outras características presentes no inquérito, que serão apresentadas nos tópicos a seguir.

### 3.2.1 *Escrito*

O inquérito policial é um procedimento escrito, sendo que esta regra encontra-se prevista no artigo 9º do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, *online*):

Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

Este artigo 9º significa que quando existir algum indício colhido no curso do inquérito policial, será necessário o registro por escrito. Por exemplo: a testemunha irá dizer oralmente o que viu, sendo que seu depoimento será reduzido a escrito. Estes registros transcritos são de responsabilidade do Delegado de Polícia, sendo obtidos com auxílio de servidores, tais como: escrivães de polícia. (RANGEL, 2002).

Como diz Paulo Rangel (2013, p. 85):

[...] denota-se a importância da formalidade, tendo em vista a autoridade policial, o Delegado de Polícia, deve estar ciente de todos os atos ou investigações realizados por seus agentes, afim de impedir qualquer prática comum e ilegal, sendo uma delas a lavratura do auto de prisão em flagrante pelo escrivão de polícia, restando ao Delegado a única função de assiná-lo.

Obviamente o inquérito policial poderá conter registros de imagens e vídeos para apurar determinado tipo de crime, sendo que a tecnologia não tira a característica formal do inquérito, que é por escrito. (RANGEL, 2013).

Assim, o inquérito policial possui como característica ser escrito, isto é, ficam registrados tudo que for colhido para fins de investigação da materialidade e autoria do crime.

### 3.2.2 *Sigiloso*

Outra característica importante do inquérito policial é ser sigiloso. Como o Delegado de Polícia possui a prerrogativa de discricionariedade para conduzir as investigações, poderá assim determinar o sigilo nas investigações.

O sigilo das investigações se justifica para que a autoridade policial possa colher as provas necessárias quanto ao fato criminoso, evitando assim que o suposto autor desapareça ou destrua as provas.

Essa possibilidade do sigilo do inquérito policial encontra-se previsto no artigo 20 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, *online*):

A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Sobre a característica do sigilo, explica Délio Magalhães citado por Adilson Mehmeri (1992, p. 17):

O processo do inquérito policial deve ser relativamente secreto, para que a autoridade policial tenha a máxima liberdade para agir no desempenho das suas funções, o mais completo possível, e não veja a sua ação burlada pela publicidade e tolhida pela intervenção de estranhos.

Corroborando com este entendimento, explica Paulo Alves Franco (1992, p. 20):

Normalmente, nos casos em que esteja envolvida vítima de estupro, nos crimes contra a honra e mesmo nos delitos relacionados com tóxicos, devem ser

apurados com sigilo, e, para que o fato não seja ventilado e explorado publicamente, para assegurar o sigilo, a autoridade deve decretá-lo nos autos de inquérito, não podendo fornecer informações nem mesmo a imprensa.

Existe, por sua vez, discussão a respeito do sigilo ao advogado do investigado. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal já editou a Súmula Vinculante nº. 14 (BRASIL, 2009, *online*), que possui a seguinte redação:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Como explica Flávio Cardoso (2014, *online*):

[...] não há que se falar em impedir referido acesso se uma interceptação telefônica já foi concluída e as conversas captadas estão devidamente encartadas nos autos, o mesmo valendo para qualquer outra medida restritiva das garantias individuais. De outro lado, se tal medida ainda está em andamento, natural que se mantenha em sigilo, pois o acesso a ela impediria a realização ou a continuidade da diligência.

Portanto, desde que os requisitos para determinar o sigilo no inquérito policial estejam preenchidos, poderá haver essa discricionariedade em determinar o sigilo pelo Delegado de Polícia, sendo que a sociedade em geral não poderá ter acesso aos autos, salvo o advogado do investigado, desde que não atrapalhe determinadas investigações que ainda estão em andamento.

### 3.2.3 Inquisitivo

O inquérito policial tem por característica ser inquisitivo, logo, os princípios do contraditório e da ampla defesa não estão assegurados. O fundamento para que estes princípios não estejam assegurados estão no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Ou seja, diz o artigo 5º, inciso LV, que o contraditório e ampla defesa estarão garantidos apenas nos processos, não se falando em inquérito policial. Salienta-se que inquérito policial não é processo, sendo que somente depois de terminada a investigação é que o Ministério Público oferecerá a denúncia baseado nos indícios de materialidade e autoria obtidos, de tal modo que, se o juiz aceitar a denúncia, aí sim inicia o processo criminal. (MIRABETE, 2015).

Para tanto, como tal fundamento se atrela ao tema principal do trabalho, pertinente apresentá-lo no capítulo subsequente, mas antes, cabe destacar um último requisito que está presente no inquérito policial, que é o do interrogatório e o direito de silêncio do indiciado.

### 3.3 Do interrogatório e o direito ao silêncio

O interrogatório é o momento em que a autoridade policial reduz a termo a versão do indiciado ou investigado, ou seja, é o momento em que apresenta suas alegações diante do suposto crime praticado ou tentado. (CUNHA, 2017).

Como explica Rogério Sanches Cunha (2017, *online*): “Pode-se definir o interrogatório como sendo a resposta dada pelo acusado (ou investigado) às perguntas que lhe são formuladas para esclarecimento do fato delituoso e suas circunstâncias”.

Inclusive, Rogério Sanches Cunha (2017, *online*) citando Enrico Altavilla afirma que o interrogatório do acusado é um dos momentos mais importantes para alcançar a verdade dos fatos:

[...] o interrogatório pode, pois, ser proclamado o ato processual mais importante, porquanto, tendo o processo,

como precípua finalidade a apuração da culpabilidade ou da inocência do acusado, é claro que toda a atividade processual deste deva ser o centro de polarização de toda a investigação. Quantas vezes, o exame atento e sereno de um interrogatório pode fazer descobrir um indício importante, quando parecia ao observador superficial, ser, tão somente, um protesto seguro e desdenhoso da inocência.

A regra para se ouvir o indiciado no inquérito policial encontra-se descrita no artigo 6º, inciso V do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, *online*):

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

[...]

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura.

Por sua vez, dentre as regras aplicáveis quando for realizar o interrogatório do indiciado, é acerca do direito ao silêncio. Este direito trata-se de uma garantia fundamental, estando presente 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, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Observe-se, portanto, como se trata de uma garantia, além de ser certificado do direito de ficar em silêncio, a autoridade policial deverá respeitar sua escolha, de forma que quando proferida a sentença, não poderá existir nenhum tipo de punição pelo fato de permanecer calado durante o interrogatório.

Inclusive, esta garantia a permanecer calado, segundo palavras de Rogério Sanches Cunha (2017, *online*): “Trata-se de

um dos corolários do princípio *nemotenetur se detegere*, segundo o qual o agente não é obrigado a produzir prova contra si mesmo”.

E caso não seja respeitada esta garantia ao indiciado, poderá até mesmo ser alegado nulidade, uma vez que não observado os ditames expressos na Constituição Federal (BRASIL, 1988) que trata de norma fundamental e de aplicação imediata.

#### **4 OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL**

O ponto principal do presente trabalho é verificar se existe ou não direito do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Quando se trata de processo, não há dúvidas que estas garantias devem ser aplicadas, inclusive, por se tratar de verdadeiros princípios e que se encontram dispostas no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Entretanto, surge a indagação: se a Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) diz: “[...] aos litigantes em processo judicial ou administrativo”, quer dizer que, se o inquérito policial for considerado como um procedimento administrativo então deve ser respeitado o direito ao contraditório e ampla defesa.

Aliás, afirma JulioFabrini Mirabete (2015, p. 77) que:

Não é o inquérito processo, mas procedimento administrativo, destinado a fornecer ao órgão da acusação o mínimo de elementos necessários à propositura da ação penal. Constitui-se em um dos poucos poderes de autodefesa que é reservado ao Estado na esfera da repressão ao crime, com caráter nitidamente inquisitivo, em que o réu é simples objeto de um procedimento administrativo, salvo em situações excepcionais em que a lei o ampara (formalidades do auto de prisão

em flagrante, nomeação de curador a menor etc.).

Observe-se que o autor citado acima considera o inquérito policial como sendo um procedimento administrativo. Entretanto, pontua-se que o inquérito policial não existe a formação de culpa ou decisão de mérito em que condene alguém. (MIRABETE, 2015).

E, justamente por não existir a formação de culpa ou decisão de mérito, não significa que o investigado é detentor da garantia do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, ao final do inquérito será realizado um mero relatório elaborado pelo Delegado de Polícia, na qual é remetido ao Ministério Público, órgão acusatório para que ofereça ou não a denúncia. (MIRABETE, 2015).

Destarte, no inquérito policial não existe a figura do acusado e tão somente do indiciado, que é uma pessoa que recai indícios e não provas que praticou o suposto crime. (MIRABETE, 2015). E por apenas ser indiciado, os princípios do contraditório e da ampla defesa passam a não serem aplicados no procedimento do inquérito policial. E para melhor entendimento do tema, passa-se a analisar os fundamentos de acordo com os tópicos a seguir.

#### 4.1 Direito de defesa

O direito de defesa no inquérito policial não significa que o indiciado possua a garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Este direito de defesa se situa apenas no fato de como o indiciado irá se proceder quando comparecer a Delegacia de Polícia para prestar seu interrogatório.

Como diz Daniel Kessler de Oliveira (2017, online):

[...] a atuação defensiva necessita compreender estas situações e descer ao inquérito policial e lá fazer o acompanhamento que lhe permita os questionamentos sobre os elementos lá produzidos.

A defesa em um processo penal se inicia com o chamado do indivíduo e, nesta

primeira conversa (seja no escritório ou numa cela da delegacia) a defesa tem que começar a ser construída.

Outro momento do direito de defesa é quando o advogado do indiciado passa a acompanhar os procedimentos que estão sendo realizados no inquérito policial, para que não haja surpresa quando enviado o inquérito ao Ministério Público, quando se procede ou não com a denúncia à Justiça Pública.

Este acompanhamento do procedimento do inquérito policial, conforme já mencionado alhures, encontra-se sumulado através da Súmula Vinculante nº. 14 (BRASIL, 2009, *online*) do Supremo Tribunal Federal:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Ou seja, o próprio Supremo Tribunal Federal considera legal o amplo acesso aos elementos de prova que se encontram no inquérito policial, sendo assim, um direito de defesa do defensor.

Com efeito, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal reconhece o direito do defensor ao acesso amplo do inquérito policial, significa que haverá garantia do direito de defesa, não se confundindo, todavia, com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Isto porque, apesar de ter acesso ao inquérito policial, o defensor não poderá, por exemplo, impugnar ou apresentar defesa contra um procedimento já realizado ou a ser realizado pelo Delegado de Polícia.

Conforme dispõe o artigo 13, inciso II do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, *online*):

Incumbirá ainda à autoridade policial:  
[...] II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público.

E também, conforme artigo 14 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, *online*):

O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Logo, o Delegado de Polícia terá discricionariedade para diligenciar o inquérito policial, sendo que poderá ou não ser atender algum pedido de diligência do ofendido ou de seu representante legal.

Exatamente por conta desta discricionariedade, não é possível concluir sobre a possibilidade de contraditório e da ampla defesa, pois, o Delegado de Polícia atuará através de seu juízo de oportunidade.

Sublinhe-se, neste caso, considerando a discricionariedade do Delegado de Polícia, poderá decidir sobre os aspectos da prisão. Conforme explica Júlio Fabbrini Mirabete citado por Joaquim Leitão Júnior (2016, *online*):

Ao receber o preso e as notícias a respeito do fato tido como criminoso, a autoridade policial deverá analisar estes e os elementos que colheu com muita cautela, a fim de verificar se é hipótese de lavrar o auto de prisão em flagrante. A prisão não implica obrigatoriamente na lavratura do auto, podendo a autoridade policial, por não estar convencida da existência de infração penal ou por entender que não houve situação de flagrância, conforme for a hipótese, dispensar a lavratura do auto, determinar a instauração de inquérito policial para apurar o fato, apenas registrá-lo em boletim de ocorrência etc., providenciando então a soltura do preso.

Assim, claro está que, apesar de o indiciado ter seu direito de defesa, ela se preza no sentido de apenas ter conhecimento e vistas do inquérito policial, e não para lhe conceder a garantia do contraditório e da ampla defesa.

#### **4.2 Defesa técnica**

O que difere o direito de defesa com a defesa técnica, é

que neste último o advogado tem a prerrogativa de acompanhar o procedimento do inquérito policial, como: assistir o indiciado ou investigado durante o interrogatório; acompanhar oitivas de testemunhas; ter vista de documentos investigatórios já produzidos etc. (LIMA FILHO, 2016).

Outro ponto importante é o advogado ter o direito de apresentar razões e quesitos, na qual não se confunde com defesa. A apresentação de razões e/ou quesitos se torna essencial para feitura de alguma perícia, para fins de constatação do suposto crime. (LIMA FILHO, 2016).

Como discorrido no tópico anterior, o Delegado de Polícia possui discricionariedade para conduzir o inquérito policial conforme seu critério, no entanto, a defesa técnica do advogado se efetiva quando também corrobora para o descobrimento da verdade, ou para fins de preservar a conduta de seu cliente. (LIMA FILHO, 2016).

Inclusive, Aury Lopes Jr. citado por Eujecio Coutrim Lima Filho (2016, *online*) explica sobre a defesa técnica, e ainda, discorre sobre a possibilidade de nulidade caso falte os cumprimentos das garantias constitucionais, como no caso da garantia do direito ao silêncio:

O cumprimento das garantias constitucionais passa pela efetivação dos direitos relacionados à dignidade da pessoa humana. A defesa técnica eficaz no curso do procedimento investigatório, como consequência de materialização de direitos fundamentais, não se relaciona com uma conduta passiva do defensor. Superado o entendimento de que os vícios ocorridos na fase investigativa consistem em meras irregularidades, tem-se que o embaraço da defesa no depoimento ou interrogatório acarreta nulidade absoluta do ato. Essa mudança legal, com guarida doutrinária e jurisprudencial, se coaduna com a concretização do Estado Democrático de Direito tendo em vista a inegável força da investigação policial em restringir direitos fundamentais do

cidadão.

Aury Lopes Jr., rechaçando qualquer hipótese de relativização da matéria, entende que o interrogatório policial realizado sem a presença do advogado é nulo e não permite a valoração probatória. O citado autor considera adequado formalizar que o interrogatório não pôde ser realizado em razão da ausência de advogado. Nessa direção, há forte entendimento na área da investigação policial no sentido de que, na ausência de advogado constituído, a defesa técnica deve se dar por meio de defensor público.

Entretanto, apesar do autor acima preservar a assistência do advogado sempre em que for realizar a defesa técnica, atos procedimentais do inquérito como interrogatório e o indiciamento poderá ocorrer sem a assessoria do advogado, fato este que não enseja em nulidade. Neste sentido, são os ensinamentos de Henrique Hoffmann Monteiro de Castro e Adriano Sousa Costa citados por Eujecio Coutrim Lima Filho (2016, *online*): “[...] a nulidade emana da prerrogativa do causídico e não da falta de defesa técnica a todo e qualquer investigado”.

Igualmente, Sannini Neto também citado por Eujecio Coutrim Lima Filho (2016, *online*) afirma que:

[...] no caso em debate a nulidade decorre do cerceamento de uma prerrogativa do defensor e não em decorrência da ausência de defesa. Como primeiro garantidor de direitos fundamentais, o Delegado de Polícia deve informar ao depoente ou interrogado a respeito de seus direitos constitucionais, em especial o de ser acompanhado por um advogado. Neste contexto, o interrogatório ou até mesmo o indiciamento poderá ocorrer sem a assessoria do advogado.

Destarte, quando se fala em defesa técnica, quer dizer

que o advogado possui prerrogativas para atuar junto a Polícia Judiciária, de forma a ter acesso ao inquérito policial e participar dos procedimentos como interrogatório ou oitivas de testemunhas, bem como poder apresentar quesitos para realização de perícia etc.(LIMA FILHO, 2016).

Tal fato não se confunde com a obrigatoriedade do investigado estar acompanhado do advogado, uma vez que se trata de prerrogativa do advogado e não do direito de defesa e/ou utilização das garantias dos princípios do contraditório e da ampla defesa.(LIMA FILHO, 2016).

### **4.3 Argumentos favoráveis ao contraditório e a ampla defesa**

Chega-se ao ponto de verificar argumentos favoráveis a aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Um dos argumentos para quem defende esta tese é a de que a Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) garante a aplicação destes princípios, ao dispor em seu artigo 5º, inciso LX: “[...] em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa [...]”.

Neste prisma terminológico, afirma Henrique Hoffmann Monteiro de Castro (2016, *online*):

Não é invulgar afirmação de que “não se aplicam o contraditório e a ampla defesa no inquérito policial”. Tal proposição baseia-se numa interpretação literal da Constituição Federal, que em seu artigo 5º, LV garante o contraditório e a ampla defesa aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral. Daí se conclui que não estão incluídos os investigados em inquérito policial, por não serem litigantes ou acusados e por não constituir o procedimento policial um processo.

Todavia, meras confusões terminológicas não têm o condão de aniquilar a norma protetora.

Dentre os acusados em geral estão contidos os suspeitos e indiciados, contra os quais o Estado já pode adotar medidas restritivas (como busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica e até mesmo a prisão). A acusação em geral (o constituinte não utilizou o complemento inutilmente) abrange não apenas a imputação formal (veiculada por ação penal), mas também a imputação informal (caracterizada pelo inquérito policial).

Além disso, o termo processo abarca o procedimento, já tendo o legislador em outras oportunidades empregado a palavra em sentido amplo, tal como no Código de Processo Penal.

Ademais, nada impede o “etiquetamento” do inquérito policial como processo administrativo *sui generis*. Apesar da resistência em utilizar o termo processo na seara não judicial, a verdade é que, nada obstante não haver na fase policial um litígio com acusação formal, existe sim controvérsia a ser dirimida (materialidade delitiva e autoria). Apesar de não existirem partes, vislumbram-se imputados em sentido amplo; e os atos sucessivos, tanto os intermediários como o final, afetam o exercício de direitos fundamentais, existindo inegavelmente uma atuação de caráter coercitivo que representa certa agressão ao estado de inocência e de liberdade.

Neste caso, o autor menciona sobre a disposição geral da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sendo que não excetuou a garantia do contraditório e da ampla defesa, mas sim, garantiu de forma plena e aberta a aplicação para todos, independente de qual procedimento seja. (CASTRO, 2016).

Ouros autores a favor da aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial dizem que deve ser

considerado o aspecto substancial emanada pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) e não aspecto forma. Neste sentido, se baseiam Antônio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 63): “Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas, sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem”.

Outro argumento é utilizado por Marta Saad (2004, p. 26), quando diz que:

Para alguns operadores jurídicos que lidam diariamente com a investigação criminal, a admissão do contraditório nesse procedimento significaria uma burocratização exacerbada da investigação criminal, pois o investigado faria jus às garantias do acusado em processo criminal. Entendemos de maneira diversa. É perfeitamente possível a aplicação do contraditório, de forma mitigada, na fase inquisitorial, como adiante se verá.

De acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 22), tendo em conta o princípio do contraditório:

[...] a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. Uma e outra estão situadas no mesmo plano, em igualdade de condições, e, acima delas, o Órgão Jurisdicional, como órgão superpartes, para, afinal, depois de ouvir as alegações das partes, depois de apreciar as provas, dar a cada um o que é seu.

E nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 40) em relação à ampla defesa: “[...] é reconhecido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação”.

E por fim, discorre Fernando Afonso Cardoso Borges (2009, *online*):

Tal princípio encontra-se fundamentado

no artigo 5º, inciso LV, da CF/88, no intuito de proteger o acusado em processo judicial ou administrativo contra a perseguição arbitrária do Estado, que na relação processual sempre se apresenta com mais força e estrutura. Estas garantias conferidas pela Constituição ao indivíduo visam justamente compensar sua hipossuficiência na relação processual com o Estado acusador, buscando o equilíbrio.

Nessa linha de pensamento, pode-se afirmar que o direito ao contraditório e ampla defesa, ainda na fase inquisitorial, não conspira contra o êxito das investigações, ao contrário, assegura maior legitimidade aos resultados do inquérito, e é exemplo de efetivação dos direitos fundamentais.

Estas são, portanto, as ponderações de quem é a favor da utilização das garantias constitucionais e principiológicas do contraditório e ampla defesa, pouco importando que seja no inquérito policial ou não, pelo fato de que estes princípios serem, a todo o momento, inerentes ao ser humano, devendo assim ser aplicados em qualquer tipo de procedimento.

#### **4.4 Argumentos contrários ao contraditório e a ampla defesa**

Já em relação aos argumentos contrários, que se trata do entendimento majoritário, é que os princípios do contraditório e da ampla defesa não são garantidos no inquérito policial. A doutrina assim se posiciona:

O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.

(MORAES, 2014, p. 124).

E conforme Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 82):

É a posição natural ocupada pelo indiciado durante o desenvolvimento do inquérito policial. Não é ele, como no processo, sujeito de direitos a ponto de poder requerer provas e, havendo indeferimento injustificado, apresentar recurso ao órgão jurisdicional superior. Não pode, no decorrer da investigação, exercer o contraditório, nem a ampla defesa, portanto. Deve acostumar-se ao sigilo do procedimento, não tendo acesso direto aos autos, mas somente através de seu advogado.

Diante disso, considera-se o inquérito policial um procedimento inquisitivo, justamente por não haver a aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Entretanto, embora não sejam aplicados os princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, o indiciamento (imputação da prática de ilícito penal) somente deverá ser realizado pelo Delegado de Polícia quando existirem fortes indícios de autoria e prova da materialidade, caso contrário, poderá o indiciado valer da ferramenta constitucional do *habeas corpus*.

Logo, o indiciamento promovido pelo Delegado de Polícia não poderá ser arbitrário, devendo ser baseado em elementos concretos e não suposições.

E para bem sustentar a tese de que no inquérito policial não se aplica aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pertinente destacar o entendimento jurisprudencial sobre o tema, conforme a seguir.

#### **4.5 Entendimento jurisprudencial**

O entendimento jurisprudencial é no sentido de que não se aplica os princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Cita-se, por exemplo, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. FASE PRÉ-PROCESSUAL. NATUREZA MERAMENTE INFORMATIVA. EXUMAÇÃO DE CADÁVER. AUSÊNCIA DE PRAZO HÁBIL PARA REQUERER NOMEAÇÃO DE ASSISTENTE TÉCNICO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE.

[...]

III - Inaplicável o princípio do contraditório na fase inquisitorial, porquanto esta possui natureza administrativa, destinando-se a prover elementos informativos ao responsável pela acusação, que lhe permitam oferecer a denúncia. Precedentes. [...] (STJ. HC 212494 / SC. *Habeas Corpus* 2011/0157376-9. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relatora Ministra Regina Helena Costa. Data de julgamento: 08 mai. 2014. Data de publicação: 14 mai. 2014). (BRASIL, 2014, *online*)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. [...] HOMICÍDIO QUALIFICADO. ILEGALIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL. DECISÃO PROVISIONAL QUE ADOTA AS RAZÕES DE DECIDIR DE ANTERIOR PROVIMENTO JUDICIAL SOBRE A QUESTÃO. DECISÃO

FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. [...] ALEGADA NULIDADE DO INTERROGATÓRIO POLICIAL DO ACUSADO. MÁCULA QUE NÃO CONTAMINA A AÇÃO PENAL. PEÇA MERAMENTE INFORMATIVA. EXISTÊNCIA DE PROVAS PRODUZIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO APTAS A FUNDAMENTAR A DECISÃO DE PRONÚNCIA. EIVA NÃO CONFIGURADA.

1. Eventuais máculas no flagrante não contaminam a ação penal, dada a natureza inquisitiva do inquérito policial.

2. Não há que se falar em desentranhamento do interrogatório policial do acusado, tampouco da reprodução simulada dos fatos, pois a confissão extrajudicial do paciente não constitui prova, mas mero elemento informativo.

3. Ademais, em momento algum o depoimento prestado pelo acusado no auto de prisão em flagrante foi utilizado pelo Juízo singular para justificar a sua submissão a julgamento pelo Tribunal do Júri, o que reforça a inexistência de qualquer ilegalidade a contaminar a ação penal em apreço.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 231.884/PR. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator Ministro Jorge Mussi. Data de julgamento: 20 mar. 2014. Data de publicação: 27 mar. 2014). (BRASIL, 2014, *online*)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. MATÉRIA

NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. NULIDADE NO INQUÉRITO POLICIAL. INEXISTÊNCIA. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E DENEGADO.

1. O alegado excesso de prazo não foi suscitado na instância originária, logo, não pode ser analisado por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. O decreto de prisão preventiva encontra respaldo na necessidade de se preservar a ordem pública, em razão da gravidade em concreto do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, e pela periculosidade do Paciente, militar denunciado por determinar que seus subordinados entregassem para traficantes armados três jovens de facção criminosa rival, para serem torturados e mortos, motivado por suposto desacato que teria sofrido das vítimas.

3. O inquérito policial e o procedimento investigatório efetuado pelo Ministério Público são meramente informativos, logo, não se submetem ao crivo do contraditório e não garantem ao indiciado o exercício da ampla defesa.

4. Ordem parcialmente conhecida e denegada. (STJ. HC 132.988/RJ. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Data de julgamento: 03 mai. 2011. Data de publicação: 13 mai. 2011). (BRASIL, 2011, *online*)

E também do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

PROCESSO-CRIME DE  
COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA.  
PREFEITO MUNICIPAL.  
INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS  
INICIADAS E DESENVOLVIDAS SEM  
AUTORIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA. NULIDADE DO FEITO.  
INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE  
PREVISÃO LEGAL. APURAÇÕES  
REALIZADAS PELO MINISTÉRIO  
PÚBLICO. USURPAÇÃO DE  
COMPETÊNCIA INEXISTENTE.  
NATUREZA MERAMENTE  
INFORMATIVA DO INQUÉRITO  
POLICIAL. EVENTUAIS  
IRREGULARIDADES QUE, ACASO  
OCORRENTES, NÃO CONTAMINAM  
A AÇÃO PENAL.  
DESENTRANHAMENTO DE  
DOCUMENTOS EXTRAÍDOS DE  
INQUÉRITO CIVIL. INOBSERVÂNCIA  
DA REGRA PROCEDIMENTAL NA  
COLHEITA DA PROVA QUE  
SUBSIDIOU A OFERTA DA INICIAL.  
CIRCUNSTÂNCIA NÃO VERIFICADA.  
INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA QUE  
DESCREVE E INDIVIDUALIZA,  
PORMENORIZADAMENTE, A  
CONDUTA DE CADA DENUNCIADO.  
AMPLA DEFESA ASSEGURADA.  
AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA.  
INADMISSIBILIDADE. MÍNIMO  
LASTRO PROBATÓRIO A PERMITIR  
A DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL.  
INDÍCIOS DE MATERIALIDADE E  
AUTORIA DO COMETIMENTO DOS  
DELITOS DOS ART. 90 E 96, INC. V,  
DA LEI 8.666/93. NECESSIDADE DE  
INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.  
ELEMENTOS DE CONVICÇÃO A  
PERMITIR A VIABILIDADE DA  
AÇÃO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA.  
DESCABIMENTO. DENÚNCIA

RECEBIDA.

[...]

Na fase do inquérito, eventuais irregularidades no tocante à produção dos elementos indiciários não têm o condão de gerar a nulidade no processo, por se tratar de peça de caráter inquisitivo onde não se aplicam os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, até porque a finalidade do procedimento policial é restrita a apresentar elementos para a propositura da ação penal. [...] (TJMG. Ação Penal nº. 1.0000.15.027328-2/0000273282-31.2015.8.13.0000 (1). Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal. Relator Desembargador Nelson Missias de Moraes. Data de julgamento: 19 nov. 2015. Data de publicação: 30 nov. 2015). (MINAS GERAIS, 2015, *online*)

No mesmo entendimento, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E PELO CONCURSO DE PESSOAS. NULIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO NÃO VERIFICADA. No direito processual penal nacional o inquérito policial, a cargo de autoridade administrativa vinculada ao Poder Executivo, possui natureza exclusivamente inquisitorial e informativa, não constituindo fase da ação penal. Por essa razão, eventual vício que se observe durante as investigações policiais não atinge a ação penal, que se desenvolve independente e em outra esfera, no caso perante o Poder Judiciário. O inquérito policial é destinado à

formação da *opinio delicti* do titular da ação penal, no caso o Ministério Público, não sendo aplicável às investigações preliminares o princípio do contraditório. [...] (TJRS. Apelação Crime ACR 70074330572. Órgão Julgador: Sétima Câmara Criminal. Relator Desembargador José Conrado Kurtz de Souza. Data de julgamento: 28 mar. 2018. Data de publicação: 17 abr. 2018). (RIO GRANDE DO SUL, 2018, *online*)

De tal maneira, lastreado pelo entendimento das jurisprudências acima apontadas, conclui-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa não são aplicados no inquérito policial, pelo fato de ser inquisitivo e informativo, sendo somente aplicado quando a denúncia for aceita pelo juiz e indicar a ação penal.

#### **4.6 Alterações provadas pela Lei nº. 13.245/16 no inquérito policial**

Por fim, uma das mais importantes conquistas das prerrogativas do advogado foi à inclusão da Lei nº. 13.245/16 (BRASIL, 2016) no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei nº. 8.906/94 (BRASIL, 1994).

Isto porque, embora não sejam aplicados os princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, não se pode afastar o advogado da sua defesa técnica.

Neste caso, assim dispõem os incisos XIV e XXI do artigo 7º com redação dada pela Lei nº. 13.245/16 (BRASIL, 2016, *online*):

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

[...]

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

Outro ponto importante é a alínea ‘a’, do inciso XXI, do artigo 7º também com redação dada pela Lei nº. 13.245/16 (BRASIL, 2016, *online*), na qual incluiu o direito de apresentar razões e quesitos no inquérito policial:

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

XI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos.

Destarte, a importância da Lei nº. 13.245/16 (BRASIL, 2016) condiz ao Estado Democrático de Direito, sendo que a Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) preserva a advocacia no sentido de que: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Assim, a prerrogativa do advogado perante o inquérito policial é absoluta, devendo ser respeitado seu direito constitucional e infraconstitucional, de modo a fazer com que seu cliente tenha a defesa técnica que lhe é inerente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do presente trabalho, conclui-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa não são aplicados no inquérito policial. A corrente majoritária e o entendimento jurisprudencial é no sentido de que a fase do inquérito policial trata-se de meramente administrativa, não se confundindo com o aspecto jurisdicional.

Inclusive, o Delegado de Polícia é autoridade atuante do Poder Executivo, não vindo, portanto, a obedecer a critérios de possibilitar o indiciado ou investigado a aplicar o contraditório e a ampla defesa.

Neste passo, o Delegado de Polícia deve respeitar a lei, mas não significa que não possui a discricionariedade de conduzir o inquérito policial em conformidade com seus critérios e fundamentos.

O que o Delegado de Polícia irá fazer é proceder com elementos informativos e indiciários, para que possa fomentar o inquérito com provas para fins de substanciar uma possível denúncia criminal pelo Ministério Público.

E exatamente por ser um procedimento inquisitivo e informativo, não será necessário aplicar os princípios do contraditório e da ampla defesa, sem que isso ofenda qualquer princípio inerente ao ser humano.

Ademais, todas as garantias da pessoa estarão resguardadas em eventual ação penal, onde poderá apresentar defesa e demais recursos para aplicar efetivamente os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Importante frisar que o simples fato de iniciar uma investigação através de inquérito policial não caracteriza nenhuma ofensa ao investigado, pelo contrário, pois, trata apenas de procedimento administrativo informativo.

Assim, conforme analisado, embora haja entendimento dominante de que no inquérito policial o investigado não tem assegurado à aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, não se pode deixar de citar que o investigado possui outros elementos que poderá ser utilizado, como o direito ao silêncio, o direito de defesa e a aplicação da defesa técnica através do advogado.

Por fim, vislumbra-se que a caracterização do sistema inquisitivo adotado no inquérito policial é justamente por causa do investigado não ter assegurado a aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa, mas, como dito, em nada lhe prejudicará, pois, na ação penal, poderá utilizar de todos os meios para defesa.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Evan, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 15. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, Fernando Afonso Cardoso. O direito ao contraditório e ampla defesa na fase inquisitória do processo penal. In: **Âmbito Jurídico**, 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7416](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7416)>. Acesso em: 21 set. 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/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº. 2.848/40, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. In: **Palácio do Planalto**, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº. 3.689/41, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. In: **Palácio do Planalto**, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 10.446/02, de 08 de maio de 2002. Dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, para os fins do disposto no inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição. In: **Palácio do Planalto**, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10446.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10446.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 13.245/16, de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei nº. 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). In: **Palácio do Planalto**, 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 7.210/84, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. In: **Palácio do Planalto**, 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.906/94, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). In: **Palácio do Planalto**, 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 132.988/RJ. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. In: **STJ**, 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=132988&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 132.988/RJ. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. In: **STJ**, 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=231884&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 set.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 212494 / SC. *Habeas Corpus* 2011/0157376-9. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relatora Ministra Regina Helena Costa. In: **STJ**, 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=212494&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 285952 / ES. Habeas Corpus 2013/0422381-9. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator Ministro Ribeiro Dantas. In: **STJ**, 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=v%E Dcios+no+inqu%E9rito+policial&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 35459 / MT. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 2013/0031482-6. Órgão Julgador: 5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. In: **STJ**, 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2013%2F0031482-6+ou+201300314826&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 126.292. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Teoria Zavascki. In: **STF**, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mm9prhs>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 84.078. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. In: **STF**, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+84078%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a8wq84j>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 90376 / RJ. Recurso em Habeas Corpus. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. In: **STF**, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+90376%2ENUME%2E%29+OU+%28RHC%2EACMS%2E+ADJ2+90376%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/asurf6n>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº. 14. In: **STF**, 02/02/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

BRITTO, Aldo Ribeiro. O devido processo legal e as requisições de instauração de inquérito policial. In: **Âmbito Jurídico**, 2012. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12491](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12491)>. Acesso em: 06 ago. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARDOSO, Flávio. O sigilo do inquérito policial e o acesso aos autos pelo advogado. In: Jus Brasil, 2014. Disponível em:

<[HTTPS://flaviocardosoab.jusbrasil.com.br/artigos/112220741/o-sigilo-do-inquerito-policial-e-o-acesso-aos-outros-pelo-advogado](https://flaviocardosoab.jusbrasil.com.br/artigos/112220741/o-sigilo-do-inquerito-policial-e-o-acesso-aos-outros-pelo-advogado)>. Acesso em: 14 set. 2018.

CASTELLO, Rodrigo. O que é perseguição criminal? In: **Jus Brasil**, 2012. Disponível em: <[HTTPS://rodrigocastello.jusbrasil.com.br/artigos/121936855/o-que-e-perseguição-criminal](https://rodrigocastello.jusbrasil.com.br/artigos/121936855/o-que-e-perseguição-criminal)>. Acesso em: 06 ago. 2018.

CASTRO, Por Henrique Hoffmann Monteiro de. Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial. In: **Conjura**, 2016. Disponível em: <[HTTPS://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial](https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial)>. Acesso em: 20 set. 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

COSTA, Wellington Soares Da. O devido processo legal. In: **Âmbito Jurídico**, 2002. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10358](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10358)>. Acesso em: 06 ago. 2018.

CRUZ, André Gonzalez. O poder punitivo estatal. In: **Jus Brasil**, 2012. Disponível em: <[HTTPS://andregonzalez2.jusbrasil.com.br/artigos/121940808/o-poder-punitivo-estatal](https://andregonzalez2.jusbrasil.com.br/artigos/121940808/o-poder-punitivo-estatal)>. Acesso em: 05 ago. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. Interrogatório: informações sobre o direito ao silêncio e nulidade. In: **Meu Site Jurídico**, 2017. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2017/06/29/interrogatorio-informacao-sobre-o-direito-ao-silencio-e-nulidade/>>. Acesso

em: 14 set. 2018.

DO VALE, Ionilton Pereira. **Princípios Constitucionais do Processo Penal** – na visão do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método, 2009.

DORÓ, Tereza Nascimento Rocha. **Princípios no Processo Penal Brasileiro**. Campinas: Copla, 1999.

FRANCO, Paulo Alves. **Inquérito Policial**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1992.

GARCEZ, William. O delegado de polícia como garantidor de direitos: um mandamento implícito do Estado Democrático. In: **Jus Brasil**, 2017. Disponível em: <[HTTPS://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/372049054/o-delegado-de-policia-como-garantidor-de-direitos](https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/372049054/o-delegado-de-policia-como-garantidor-de-direitos)>. Acesso em: 06 ago. 2018.

GOMES, Amintas Vidal. **Manual do Delegado** – Teoria e Prática. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. O delegado pode se negar a realizar diligência? In: **Jus Brasil**, 2012. Disponível em: <[HTTPS://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928203/o-delegado-pode-se-negar-a-realizar-diligencia](https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928203/o-delegado-pode-se-negar-a-realizar-diligencia)>. Acesso em: 07 ago. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; SCLIAR, Fábio. Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia. In: **Jus Brasil**, 2009. Disponível em: <[HTTPS://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/147325/investigacao-preliminar-policia-judiciaria-e-autonomia-luiz-flavio-gomes-e-fabio-scliar](https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/147325/investigacao-preliminar-policia-judiciaria-e-autonomia-luiz-flavio-gomes-e-fabio-scliar)>. Acesso em: 09 ago. 2018.

LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. Defesa técnica e democratização do inquérito policial. In: **Canal Ciências Criminais**, 2016. Disponível em: <[HTTPS://canalcienciascriminais.com.br/defesa-tecnica-e](https://canalcienciascriminais.com.br/defesa-tecnica-e)

democratizacao-do-inquerito-policial-iii/>. Acesso em: 18 set. 2018.

LOPES Jr, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamento da Instrumentalidade Garantida)**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Do Inquérito Policial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

MEHMERI, Adilson. **Inquérito policial: dinâmica**. São Paulo: Saraiva, 1992.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação Penal nº. 1.0000.15.027328-2/000 0273282-31.2015.8.13.0000 (1). Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal. Relator Desembargador Nelson Missias de Moraes. In: **TJMG**, 2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=4&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=car%20E1ter%20inquisitivo%20do%20inqu%20E9rito%20policial%20contraditorio%20e%20ampla%20defesa&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 18 set. 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: Comentário à Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1988.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas,

2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.

NORONHA, Edgard Magalhães e. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. A defesa no Inquérito Policial. In: **Canal Ciências Criminais**, 2017. Disponível em: <[HTTPS://canalcienciascriminais.com. BR/defesa-no-inquerito-policial/](https://canalcienciascriminais.com.br/defesa-no-inquerito-policial/)>. Acesso em: 15 set. 2018.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: **DHNET**, 1948. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/sc/scdh/parte2/xxx/1.html>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6. Ed. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime ACR 70074330572. Órgão Julgador: Sétima Câmara Criminal. Relator Desembargador José Conrado Kurtz de Souza. In: **TJRS**, 2018. Disponível em: <[HTTPS://TJ-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/567622321/apelacao-crime-acr-70074330572-rs](https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/567622321/apelacao-crime-acr-70074330572-rs)>. Acesso em: 22 set. 2018.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: ERT, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. São Paulo: Juspodivm, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Renata Silva e. O Princípio da Presunção de Inocência e sua aplicabilidade conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. In: **E-Gov**, 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-presun%C3%A7ao-de-inoc%C3%A7ao-e-sua-aplicabilidade-conforme-entendimento-do-supremo>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. III.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

## A (IN)VIABILIDADE DE IMPLANTAÇÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Luana Cristina Gonzaga<sup>51</sup>

### RESUMO

Este trabalho relata o desenvolvimento histórico e social da pena e do sistema prisional, os motivos e em qual data o Estado começa a utilizar-se da lei 11.079/2004, que regulamenta a Parceria Público-Privada, a partir daí é percorrido o caminho de dados atuais da situação do sistema prisional e das modalidades de concessão da parceria. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica com o objetivo do exame da legislação, de outros trabalhos científicos, do posicionamento doutrinário, de sites atualizados para informações e índices. A proposta apresentada teve como motivação o esclarecimento acerca da (in)viabilidade da Parceria Público-privada no sistema prisional brasileiro sendo percorrido o caminho de sua utilização por outros países. E por fim tentou-se avaliar a aplicação da Parceria Público-Privada no cenário caótico do sistema carcerário sob a ótica de sua efetividade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Evolução da pena e do sistema prisional. Parceria Público-privada. Sistema carcerário. Ressocialização. Concessão administrativa. Eficácia. Parceiro privado. Parceiro público.

<sup>51</sup> Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

## INTRODUÇÃO

Desde tempos remotos quando se estuda a evolução da pena e do sistema prisional, é possível perceber a dificuldade que o Estado tem para alcançar o cerne principal da aplicação destes institutos, que seria o binômio eficácia e o respeito da dignidade da pessoa humana aplicados na pessoa do transgressor.

Como costumeiro em debates, projetos de lei, monografias e artigos científicos, discute-se muito sobre o sistema prisional Brasileiro e cotidianamente propostas são apresentadas para melhoria desse sistema falido, sem resultados promissores de ressocialização do apenado e muito menos o alcance do mínimo existencial para aqueles que estão sendo “punidos” dentro do sistema prisional e pelos quais retornaram ao convívio social.

Partindo de propostas e aplicações para melhoria do sistema prisional no decorrer de décadas, sem se alcançar o objetivo da ressocialização do preso, e automaticamente a diminuição da criminalidade, o Estado começa a recorrer as formas de privatização ou parcerias Público-privadas.

É necessário saber a distinção entre a terceirização e a PPP, sua aplicabilidade e eficácia dos resultados no âmbito nacional dentro do sistema prisional.

O presente trabalho visa focar na PPP, como instrumento incentivador de investimentos privados no setor Público através da repartição dos riscos entre o parceiro Público (Estado) e o parceiro privado (investidor particular) na busca dos objetivos almejados pela sociedade dentro do sistema prisional, como já mencionado. Mas seria a parceria Público-privada um instrumento eficaz para resolver a problemática como a falta de estrutura carcerária?

A partir desse e o de outros questionamentos se faz necessário um estudo mais aprofundado e crítico. O Estado

quando direciona suas funções a um terceiro o faz realmente para melhoria das políticas públicas ou simplesmente está se esquivando de responsabilidades que lhe pertencem? Ou o Estado, com os fazeres de sua função, não estaria conseguindo cumprir efetivamente seu papel?

Conforme este trecho, Foucault nos ensina:

Não se pune portanto para apagar um crime, mas para transformar um culpado (atual ou virtual); o castigo deve levar em si uma certa técnica corretiva<sup>52</sup>.

O objetivo central para que o condenado seja preso, deveria ser a sua ressocialização em um âmbito social, familiar, empregatício e automaticamente a diminuição do índice da criminalidade. Aquele que foi falho, que foi condenado precisa saber, e ao mesmo tempo sentir, que quando retornar para a sociedade tem pessoas que o esperam, tem pessoas que acreditam que ele pode ser alguém melhor e ser-lhe-á dado oportunidade para tal sonho, sem que ele se torne escravo do seu passado a tal ponto que não veja outro caminho a não ser voltar para criminalidade.

## 2 EVOLUÇÃO DA PENA

O conceito de pena pode ser entendido, como explica Nucci (2015, p.331): “ a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, dispõe também em seu artigo 5º, 6: “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

---

<sup>52</sup>Foucault, 2002, p.198.

Houve uma evolução para a conceituação do instituto da pena, não sendo este mero castigo ou punição. Existe a figura da prevenção e retribuição do mal praticado, sempre respeitando os princípios que lhe são inerentes da pena, mas existe outra figura presente em sua concepção que é a preocupação com a ressocialização do preso.

Mas nem sempre o conceito da pena teve esse condão, houve um caminho gigantesco, revoluções em várias partes para que fosse possível chegar até aqui. Para entender, faz-se necessário percorrer as performances que a pena se amoldou.

A vingança pode ser chamada como a primeira modalidade da pena, na qual o indivíduo repele a agressão pelo mal que lhe foi praticado, sendo os conceitos de “olho por olho” e “dente por dente” materializados como forma de justiça.

Segundo Maria José Falcon y Tella e Fernando Falcón y Tella, citado por Greco:

Durante milênios o castigo dos atos criminais se levava a cabo mediante a vingança privada. A intervenção da coletividade se dava somente para aplacar a cólera de um deus que se supunha ofendido. Se produzia uma identificação delito-pecado, ideia que informará durante anos de forma decisiva toda a fisionomia penal. Nesta evolução o talião supôs um tímido intento a fim de superar a absoluta arbitrariedade com que se aplicava a pena anteriormente<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> GRECO, 2015, p.85.

Surge neste período a lei do Tabelionato, corporizando um primeiro resquício do princípio da proporcionalidade, na qual o crime deveria ser um castigo justo, a pena deveria ser algo compatível pela agressão sofrida.

Em momento posterior surge a composição e mais tarde a figura do arbitro, onde este, estranho ao conflito, indica qual a punição deveria ser aplicada. E para finalizar e como último estágio o Estado chama para si a responsabilidade, onde se materializa a figura da jurisdição. O Estado aplica a pena cabível ao caso, bem como a executa.

As penas foram variando ao longo dos tempos.

## 2.1 Pena aflitiva

As penas aflitivas impunham aos transgressores corporais, marcas permanentes, eram impostos dos mais cruéis suplícios a essa série de práticas que visavam somente o sofrimento daquele que houvesse transgredido uma conduta socialmente aceita e que não poderia ser violado. Seria esse tipo de pena materializado nas mutilações, açoites, desterro, etc. Conforme dispõe, Manuel de Lardizábal Y Uribe, citado por Greco:

Qual será a utilidade, para a República, de um homem, a quem, para lhe corrigir, se lhe cortou um pé ou uma mão? Esta pena cruel, que somente serve para deformar os homens, em vez de corrigir o delinquente, que é o fim principal das penas, faz com que piore, pois, privando-lhe dos membros que a natureza deu como necessários

para que os racionais ganhem honestamente a vida, o obriga, quando menos, a viver ocioso na sociedade, prejuízo dos demais<sup>54</sup>.

Este trecho narra de forma bem clara qual seria o fim a que se destina as penas aflitivas, ocorrendo apenas a mutilação do corpo pelo senso de justiça da época pois o indivíduo pela perda de partes do corpo não poderia ser alguém apto a trabalhar, por exemplo, quando retornasse ao convívio social.

## 2.2 As penas de morte

A pena de morte seria umas das penas mais antigas utilizadas e uma das formas mais cruéis. O condenado seria punido não somente com sua vida, mas sua morte seria algo torturante, doloroso de forma bem lenta e principalmente, a exposição de todo esse arsenal para que público se vangloriasse com a violência e morte do indigno.

Como bem ilustra Foucault que em sua obra *Vigiar e Punir*, nascimento da Prisão, que traz a narração doconhecido suplício de Damiens condenado a morte, mostrando todos os meios cruéis utilizados. Em umas das suas passagens, ele menciona:

[...]um executor de mangas arregaçadas acima dos cotovelos, tomou umas tenazes de aço preparadas ad hoc, medindo cerca de um pé e meio de comprimento, atenazou-lhe primeiro a barriga da perna direito, depois a coxa, daí passando às duas partes da barriga

---

<sup>54</sup> GRECCO,2015, p.89.

do braço direito; em seguida os mamilos. Este executor, ainda que forte e robusto, teve grande dificuldade em arrancar os pedaços de carne que tirava em seus tenazes duas ou três vezes do mesmo lado ao torcer, e o que ele arrancava em cada parte uma chaga do tamanho de um escudo de seis libras. Depois desses suplícios, Damiens, que gritava muito sem, contudo, blasfemar, levantava a cabeça e se olhava; o mesmo carrasco tirou uma colher de ferro de caldeirão daquela droga fervente e derramou-a fartamente sobre cada ferida. Em seguida, com cordas menores se ataram as cordas destinadas a atrelar os cavalos, sendo estes atrelados a seguir a cada membro ao longo das coxas, das pernas e dos braços.<sup>55</sup>.

A intenção da pena de morte objetivava não somente que a vida lhe fosse tirada, mas que neste ato o indivíduo sofresse de todas as formas possíveis, com toda dor que pudesse sentir, em lugares públicos e assistidos por todos para que regozijassem do espetáculo de horrores.

## 2.3 Antecedentes históricos das prisões

Na antiguidade a prisão era utilizada somente como um reservatório, onde o condenado aguardava, para então ser punido pela aplicação da pena principal ou até para

---

<sup>55</sup>FOUCAULT, 2002, p.2.

possível pagamento de dívidas. Neste mesmo caminho, Bitencourt assegura:

A Antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade estritamente considerada como sanção penal. Embora seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu desde tempos imemoráveis, não tinha caráter de pena e repousava em outras razões<sup>56</sup>.

Na Idade Média o objetivo principal da prisão também era o cárcere para custódia e após toda preparação, seriam enfim, aplicados as penas de morte ou as penas envolvendo tortura. Aproveitando essa linha de observação, o cárcere preparado para o custodiado não se preocupava com as condições de higiene onde o condenado ficaria aguardando sua pena final. Eles viviam em condições ultrajantes, lugares fétidos, sem alimentação, em masmorras e sem a claridade do sol, não se diferenciando muito daquilo que o cenário atual do Sistema Prisional tem vivenciado<sup>57</sup>.

E não menos importante, na Idade Moderna, por volta do século XVI, é que a pena privativa de liberdade começa a ganhar força. Para Greco:

Com a chegada do século XVII, principalmente por conta dos ideais iluministas, até meados do século XIX, foram sendo desenvolvidos novos sistemas penitenciários, procurando-se preservar a dignidade da pessoa humana,

<sup>56</sup> BITENCOURT, 2011, p. 28.

<sup>57</sup> GRECO, 2015, p. 78.

evitando-se os castigos desnecessários, as torturas, ou seja, os tratamentos degradantes a que eram submetidos todos aqueles que acabaram fazendo parte do sistema prisional<sup>58</sup>.

Desse momento em diante que começa a nascer, mesmo que de forma menos aparente ou menos evidente como nos dias atuais, o princípio da dignidade da pessoa humana. Mais será que no estado atual, o sistema prisional tem logrado êxito em cumprir seu papel de instituição ressocializadora do apenado e não apenas como detentora da punição? Beccaria nos alerta em sua obra:

Nossos costumes e nossas leis retrógradas estão muito distantes das luzes dos povos. Somos ainda dominados pelos preconceitos bárbaros que recebemos como herança de nossos antepassados, os bárbaros caçadores do Norte.<sup>59</sup>

Nossa opinião sobre justiça não deve preponderar sobre o que efetivamente surte efeitos. Nosso passado ou herança devem ser considerados mais sobre a égide o desenvolvimento social e a aplicação de leis que tentam buscar um equilíbrio entre os anseios da sociedade inevitavelmente e a justiça por meio das leis.

### **3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA PRISIONAL**

A evolução do sistema prisional foi delimitada por várias etapas que foram essenciais para o seu

<sup>58</sup> GRECO, 2015, p. 104

<sup>59</sup> BECCARIA 2010, p. 25.

desenvolvimento, mas é necessário percorrer este caminho para que se possa verificar quais foram suas influências, quais foram as suas primeiras idealizações e qual era seu objetivo central, essa análise sucinta é importante para identificarmos as falhas e delimitar uma linha de reforma do sistema ou melhoria de alguma forma.

A ciência penitenciária é naturalista, causal-explicativa, na sua origem se preocupava com dados da realidade, “àquilo que é”, à previsão dos efeitos de tais e quais causas e à indagação das causas que tinha produzido tais ou quais efeitos, conforme afirma Miotto<sup>60</sup>.

Com o passar do tempo os temas de caráter jurídico foram sendo acrescentados e foi-se fazendo paralelos, próprios da ciência normativa, ou seja, da ciência que se preocupa com o “dever ser”. Os direitos dos condenados passaram a ser questionados, principalmente depois da Revolução Francesa (1789-1799), com o avanço dos direitos humanos.

A prisão cautelar é anterior à prisão-pena, a qual só passou a existir depois que a humanidade conheceu o instituto da privação da liberdade. Assim, antes de ser uma espécie de sanção, a prisão foi destinada a reter o condenado até a efetiva execução de sua punição, a qual era sempre corporal ou infamante<sup>61</sup>.

Conhecida como fase da vingança privada, as “penas” eram o revide, que não guardava proporção com a ofensa, e por isto sucediam-se acirradas lutas entre grupos e famílias, que se debilitavam, enfraqueciam e até desapareciam. Surge, então, o “talião”, também conhecido pela máxima “olho por olho e dente por dente”. Através dele o castigo passava a ser delimitado e a vingança não mais seria arbitrária e desproporcional<sup>62</sup>. A lei do talião foi consagrada no direito escrito da época pelo Código

---

<sup>60</sup>MIOTTO, 1992, p.18.

<sup>61</sup>FOUCAULT, 1997, p 207.

<sup>62</sup>NORONHA, 1991, p. 20

de Hammurabi (por volta de 1700 a.C.) em suas regras e punições.

Neste momento entra o que ficou conhecido como “direito penal religioso, exercido por sacerdotes. A igreja passa a exercer o poder sobre a sociedade, substituindo a conhecida forma de punição, vingança privada. A punição passa a ter relação com a grandeza da divindade ofendida<sup>63</sup>. O caráter religioso predominava nas leis dos povos do Oriente Antigo, a exemplo do Código de Hammurabi, a Torah (a partir de Moisés, que viveu por volta de 1500 a.C.) e o Código de Manú (entre 200 a.C. e 200 d.C.). É neste período que se tem o primeiro tipo de prisão, onde o condenado era exposto em via pública e ali recebia sua punição através de suplício, porém não era tida como pena, de acordo com o Código de Manú<sup>64</sup>.

Com a finalidade de reprimir e diminuir a criminalidade passou-se a ter pessoas encarregadas destes julgamentos. Surge a ideia de juízes e tribunais. O que antes era considerado uma vingança privada, resolvido entre grupos ou famílias, passou a ser uma vingança. A finalidade era o de conter a criminalidade, mas por mais aterradores que fossem os castigos e os suplícios infligidos contra os delinquentes, por mais ostensiva que tenha sido a pretensa exemplaridade das execuções das penas corporais e infamantes, nunca houve eficaz efeito inibitório da criminalidade<sup>65</sup>.

No Período Helênico (323 a.C. - 30 d.C.) até o século XVIII, a punição deixa de ter o caráter de combater a criminalidade e passa a ser voltada mais para a segurança do príncipe ou soberano, e tem como objetivo maior a intimidação e o poder de subjugar as pessoas aos interesses

---

<sup>63</sup>NORONHA, 1991, p.21.

<sup>64</sup>FIGUEIREDO, 1892, p.7.

<sup>65</sup>FARIAS JÚNIOR, 1996, p.24.

da nobreza e do clero. E para tal se usavam castigos severos e cruéis<sup>66</sup>.

Já na Grécia antiga o poder emanava de Júpiter, deus criador e protetor do universo. Dessa divindade provinha o poder dos reis e em seu nome eram feitos os julgamentos dos crimes, delitos, e decidia-se o castigo a ser imposto ao réu. Ou seja, crime e pena ainda estavam diretamente ligados e inspirados por sentimentos religiosos, conforme E. Magalhães Noronha<sup>67</sup>. No entanto, os filósofos e pensadores gregos e suas teorias influenciaram na concepção do crime e da pena. Por exemplo, a ideia de culpabilidade através do livre arbítrio de Aristóteles, acabou refletindo no campo jurídico, depois de se firmar no terreno filosófico e ético. Já Platão contribuiu para a ideia da intimidação da pena. Foram os gregos que classificaram o crime em público e privado, de acordo com a predominância do interesse, se do Estado ou do particular.

Mas, embora a Grécia seja considerada o lugar de origem do direito penal, estava-se longe de se desvencilhar do conceito ainda restrito a vingança, tanto privada como ligada a ideia também de castigo divino. Seguiam com penas desumanas que envolviam castigos cruéis, multas, feridas, mutilações, e morte e também exílio<sup>68</sup>.

Roma, no período conhecido como da realeza, também teve caráter religioso, utilizando-se do talião e adotando práticas da Lei das XII Tábuas (450 a.C.), mas logo aprimorou-se separando a lei, criando o crime contra a segurança da cidade, crimina pública, e os *delicta privata*, que seria repressão dos crimes privados e eram entregues a iniciativa do ofendido. O estado ficava apenas com a repressão aos crimes públicos. Depois surgem os crimes extraordinários, interpondo-se entre aquelas duas

---

<sup>66</sup>NORONHA, 1991, p.21.

<sup>67</sup>MAGALHÃES NORONHA 1991, p.21.

<sup>68</sup>NORONHA, 1991, p. 22.

categorias e absorvendo diversas espécies ou figuras dos *delicta privata*. A pena se torna, regrapública<sup>69</sup>.

No período medieval o direito canônico, inspirado pelo direito germânico e pelo direito romano, continuava com as penas executadas de maneira cruel, e visava quase que tão somente a intimidação. Penas de morte eram executadas através de fogueira, afogamento, soterramento, enforcamento. As sanções penais continuavam sendo desiguais e eram aplicadas conforme a condição social e política do infrator. Além das penas capitais era comum o confisco de bens, a mutilação, os açoites, e a tortura. O arbítrio judiciário criou, portanto, criou uma atmosfera de insegurança, incerteza e medo, em relação a sanção penal.

[...] assiste-se ao poder da Igreja em punir. A punição foi inspirada pelos Tribunais de Inquisição, período em que a pena ensejava o arrependimento do infrator<sup>70</sup>.

Surge o que ficou conhecido como direito penal da Igreja (direito canônico) que assimilou e adaptou o direito romano às condições sociais da época, contribuindo para a subsequente tentativa de humanização do direito penal, tentando-se eliminar as ordálias. Surge um embrião do que mais tarde seria os direitos humanos, com a ideia de fim das “expições” e tentando implementar a ideia de do criminoso através do arrependimento e purgação da culpa. No entanto, apesar da legislação eclesiástica dizer-se contrária à pena de morte, é neste período de “caça as bruxas”. Eram contra o direito privado mas passaram a punir quem não confessasse a fé católica. O Santo Ofício da Inquisição que se estende do século XIII até o século XIX, muitos meios cruéis foram empregados. A igreja

---

<sup>69</sup>NORONHA, 1991, p.22.

<sup>70</sup>NOGUEIRA JÚNIOR, 2006, p.1

tolerou punições severas com o fim superior da salvação da alma do condenado. Sofreu influências do Cristianismo, trazendo o grande benefício da consagração do princípio da ordem moral, pois, até então predominava o princípio social do direito romano ou o individual do germânico.

Como diz Nogueira Júnior:

[...] a punição ganhou uma conotação de vingança e de castigo espiritual, acreditando-se que através dela poderia se reduzir à ira divina e regenerar ou purificar a alma do delinqüente, cometendo-se todas as atrocidades e violências em nome de Deus. No direito eclesiástico, a penitência era a melhor forma de punição, nesse sentido, conforme já salientado, a custódia do acusado antecede até mesmo a pena privativa de liberdade. Diante disso, foram então construídas prisões denominadas “penitenciários”, onde os acusados cumpriram penitência e esperariam o momento em que seriam guiados para a fogueira. A denominação penitenciária é utilizada por nós até os dias de hoje, como o local onde o acusado ou condenado irá permanecer preso<sup>71</sup>.

Mas apesar de tudo isto foi na sociedade cristã que a prisão surge como uma forma de sanção. E a pena de

---

<sup>71</sup>NOGUEIRA JÚNIOR, 2006, p.1.

morte passa a enfraquecer segundo entendimento de Odete Maria de Oliveira:

As penas mais graves foram as primeiras a serem atenuadas para depois desaparecerem. À medida que tais penas se retiram do campo da punibilidade, formas novas invadem os espaços livres. A pena privativa de liberdade durante muito tempo guardou um caráter misto e indeciso. Muitas vezes, era aplicada acessoriamente, até se desembaraçar, pouco a pouco, e atingir sua forma definitiva. De prisão preventiva, passou posteriormente para prisão, na forma de pena privativa de liberdade. Só no século XVIII é que foi reconhecida como pena definitiva em substituição à pena de morte<sup>72</sup>.

O direito canônico, portanto, deu origem, ainda que de forma anteriormente confusa e extremamente voltada para princípios divinos, ao cárcere como forma de castigo para infratores da lei. Buscavam com isto que o indivíduo fosse regenerado através da expiação de suas culpas. Nalegislação da Igreja vigorava o cárcere de pena obrigando o condenado a meditar sobre sua culpa<sup>73</sup>.

Em síntese, paraMagalhães Noronha<sup>74</sup> essas três direito-bases do direito romano (romano, germânico e canônico), mesmo tendo seus fundamentos diversos, contribuíram para a formação do direito penal comum que

---

<sup>72</sup>ODETE MARIA DE OLIVEIRA,1996, p.45.

<sup>73</sup>FUNES, 1953, p.78.

<sup>74</sup>MAGALHÃES NORONHA,1991, p.23.

predominou durante toda a Idade Média, e mesmo posteriormente, em vários países europeus.

Na Idade Moderna os autores falam no ciclo do terror, (sobretudo por conta do uso indiscriminado da guilhotina como máquina da morte) o período do absolutismo, do tiranismo, do autocratismo e de muito arbitrarismo, pois o rei era a lei e o Estado. Conforme João Faria Júnior, muitos inocentes foram condenados e muitos culpados ficaram impunes. O que, até este momento do presente trabalho não parece ser muito diferente das formas de se aplicar punições nos períodos anteriores estudados até aqui. Diz este autor:

As execuções tinham que seguir um ritual de teatralismo e de ostentação do condenado à execração e à irrisão pública, as carnes eram cortadas e queimadas com líquidos ferventes, os membros eram quebrados ou arrebatados na roda, ou separados do corpo através tração de cavalos, o ventre era aberto para que as vísceras ficassem à mostra. Todos deveriam assistir as cenas horripilantes. O gritar, o gemer, as carnes cortadas e queimadas, a expressão de dor, enfim, todas as cenas horríveis deveriam ficar vivas na memória de todos<sup>75</sup>.

Portanto, pode-se dizer que a história continuava se repetindo, a vingança pública, preocupadas muito mais com o soberano e seus favorecidos do que com a busca de justiça. Continuavam a se sobrepor aos possíveis delitos e

---

<sup>75</sup>JOÃO FARIAS JÚNIOR, 1996, p.25.

sua punição, o arbítrio judicial, a desigualdade de classes perante a punição, a desumanidade das penas (principalmente a pena de morte e seus meios cruéis) o sigilo do processo, os meios inquisitoriais, tudo isso aliado a leis imprecisas, lacunosas e imperfeitas, favorecendo o absolutismo monárquico e postergando os direitos da criatura humana<sup>76</sup>.

A Idade Contemporânea, é marcada por revoltas populares, pois apesar das autoridades utilizarem a barbárie, os suplícios e a vingança pública, como supostas formas de punição de delinquentes, a criminalidade só aumentava. Até porque o estado de desumanidade, a fome e o total abandono do povo, enquanto os nobres banquetevam, faziam com que delitos, furtos, estupros, e violência se tornassem lugar comum nas ruas. Juntando-se a isto a diferença dada aos que cometiam delitos, mas que faziam parte do estado, eram seus protegidos. Consequentemente deu origem a Revolução Francesa 1789. Importante lembrar que é no fervor desta revolução é que foi criação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O que vai influenciar bastante as formas de punição dali para frente.

Mas a Revolução Francesa, apesar de ser um marco, um divisor de águas, na questão humana, não é objeto central do presente trabalho, no que diz respeito a história da evolução do sistema prisional. Mas sim criação das primeiras prisões legais. Na Inglaterra, como disciplina extremamente rígida para corrigir criminosos, surge o que foi considerada a prisão-pena mais antiga. A House of Correction, construída em 1552, na cidade de Bridewell. prisões legais, destinadas a recolher mendigos, vagabundos, prostitutas e jovens delinquentes, que se multiplicavam principalmente nas cidades, mercê de uma

---

<sup>76</sup>NORONHA, 1991, p.24.

série de problemas na agricultura e de uma acentuada crise na vida feudal.

Para César Barros Leal<sup>77</sup> a prisão-pena mais antiga foi a House of Correction, construída em 1552 na cidade de Bridewell, na Inglaterra, com disciplina extremamente rígida para corrigir os criminosos. Tratava-se de uma construção simples com grandes dormitórios sem divisões e espaços abertos. Outro presídio foi construído na Holanda, em 1595, com duas alas, uma feminina e outra masculina.

Em 1596 surge o modelo de Amsterdã, chamado Rasphuis, exclusivamente para homens. Nesta prisão, o trabalho era obrigatório e a cela individual era utilizada para promover o arrependimento do criminoso (penitência), através de leituras espirituais. Era destinada, a princípio, para prender mendigos e criminosos jovens. No ano de 1597 foi criada, também em Amsterdã, a Spinhis destinada às mulheres e uma seção especial para meninas adolescentes construída na mesma cidade em 1600. Ressalte-se que os primeiros presídios voltavam-se mais para o trabalho que à correção propriamente dita. Abrigavam mendigos, prostitutas e vagabundos, maior problema social da época, com o intuito de corrigi-los através do trabalho forçado. Lembre-se que esse foi um período em que a industrialização estava em seu início, carente de operários e empregados para a maquinofatura, não havendo espaço para “vagabundos” - era preciso que todos trabalhassem e produzissem.

De acordo com Michel Foucault (1997, p.107), o modelo de prisão-pena que inspirou todos os demais foi o Rasphuis, Amsterdam, aberto em 1596. É esse modelo de prisão que, segundo Michel Foucault (1997, p.107), serve de exemplo de ligação entre a teoria de transformação pedagógica e espiritual dos indivíduos por um exercício

---

<sup>77</sup>CÉSAR BARROS LEAL, 2001, p.33;34.

contínuo (característica do século XVI), e as técnicas penitenciárias (idealizadas na segunda metade do século XVIII).

Para que esse processo de “reconstrução do indivíduo economicamente produtivo” fosse bem-sucedido, é exigido aprisionamentos longos, no qual o criminoso corrigido trabalhava e recebia salário para pagar os gastos de seu período encarcerado e para que ao voltar ao convívio social não voltasse a mendicância ou ao crime<sup>78</sup>.

Na Inglaterra os presídios em Worcester (1697), em Lublin em 1707 e em Gloucester adotou este modelo proposto de trabalho do condenado. Mas juntou ao trabalho o isolamento como condição essencial para a correção, visando uma transformação moral e religiosa, tendo como fundamentos os que seguem: a) sobre os “malefícios” da prisão conjunta: a promiscuidade dá maus exemplos e possibilidades de evasão no imediato, de chantagem ou de cumplicidade para o futuro; a prisão se pareceria demais com uma fábrica deixando-se os detentos trabalhar em comum; e b) sobre os “benefícios” do isolamento: o isolamento constitui um choque a partir do qual o condenado, escapando às más influências, pode fazer meia-volta e redescobrir no fundo de sua consciência a voz do bem; o trabalho solitário se tornará então tanto um exercício de conversão quanto de aprendizado; não reformará simplesmente o jogo de interesses próprios ao *homo economicus*, mas também os imperativos do indivíduo moral.<sup>79</sup>

Na prisão Walnut Street Jail, Filadélfia 1790, era experimentado um outro modelo que tinha como diretriz disciplinar, além do salário, a leitura religiosa e um

---

<sup>78</sup>FOUCAULT, 1997, p.108.

<sup>79</sup>FOUCAULT, 1997, p.109.

tratamento individual que foi usado pela primeira vez. O acompanhamento de cada prisioneiro através de relatórios que continham informações desde o crime cometido até o comportamento no cárcere .

A Walnut Street Jail comportava alguns traços que lhe eram específicos. Eram princípios como a não-publicidade da pena: a condenação e os motivos devem ser conhecidos por todos, mas a execução da pena deve ser feita em segredo; o público não deve intervir nem como testemunha, nem como abonador da punição; e a certeza de que, atrás dos muros, o detento cumpre sua pena de forma suficiente para constituir um exemplo; a solidão e o retorno sobre si mesmo não bastam, tampouco as exortações puramente religiosas: deve ser feito um trabalho também sobre a alma do detento e a administração do presídio tem a função de empreender essa transformação:a) a primeira era destinada aos explicitamente condenados ao confinamento solitário, ou que cometeram faltas graves na prisão (sistema solitário: permaneciam durante todo o cumprimento da pena enclausurados, sem comunicação com o mundo exterior, sendo-lhes permitido apenas a leitura de livros religiosos, passear diariamente por algumas horas em um pequeno pátio anexo à cela e só podiam se comunicar com o carcereiro); b) a segunda é a reservada aos que são bem conhecidos por serem velhos delinquentes, ou cuja moral depravada, temperamento perigoso, disposições irregulares ou conduta desordenada é manifestada durante a prisão; c) a terceira para aqueles cujo comportamento antes de depois da prisão demonstram que não são delinquentes comuns; e c) a quarta é especial, e funciona como uma classe de prova para aqueles cujo temperamento ainda não é conhecido, ou que, se conhecidos, não merecem entrar na categoria anterior, para essas últimas três classes era permitido o trabalho interno, neste modelo a prisão funcionava como um aparelho do saber, e este modelo de

sistema foi muito elogiado porque a separação individual impedia a corrupção dos condenados, do conluio para fugas rebeldes, comuns a outros sistemas<sup>80</sup> .

Porém, esse sistema filadelfiano ou celular recebeu críticas porque, apesar de constituir um sistema progressivo se comparado com os sistemas até então vigentes, era severo em demasia e não levava à readaptação social do condenado. Visava apenas à recuperação interna.<sup>81</sup>

Já começa de alguma forma sentir-se os efeitos de políticas implantadas da forma de gestão do sistema e pelas quais estaria surtindo os efeitos de recuperação ou não daquele detento.

Em Nova York surge à prisão de Auburn, modelo norte-americano implantado em 1820, na cidade de Auburnosilente system. Neste sistema há o confinamento noturno, com trabalho diurno e refeições em comum, mas o silêncio devia ser absoluto (os presos não podiam trocar palavras entre si, somente com os carcereiros, ainda assim em voz baixa e com a devida licença prévia). Ao detento, impunha-se um regime de rotina industrial com trabalho em oficinas que duravam de oito a dez horas diárias, cuja organização era de competência das empresas.

Com o passar do tempo, a superlotação, a corrupção dos vigilantes e a crueldade da disciplina acabaram comprometendo a imposição do isolamento e do silêncio. Esse sistema pecou pela imposição do silêncio absoluto, que na prática não funcionou. Foi criticado, também, pela proibição de visita dos familiares, por não valorizar o lazer e exercícios físicos, bem como pelo desprezo à instrução dos internos. Porém, constitui o germe do sistema progressivo de cumprimento da pena, ainda adotado em muitos países<sup>82</sup> .

---

<sup>80</sup>FOUCAULT, 1997, p.112.

<sup>81</sup>FOUCAULT, 1997, p.112.

<sup>82</sup>CARVALHO FILHO,2002, p.25.

Na Irlanda o modelo de prisão foi aperfeiçoado por Walter Crofton, criando-se a prisão intermediária. Nela, antes da liberdade condicional, o preso trabalharia ao ar livre em estabelecimentos especiais, longe da prisão fechada.

Apesar das conquistas históricas desses direitos, que hoje é garantido até na Carta Magna, existe muito preconceito e ignorância quando se fala dessas garantias. Os que se encontram, temporariamente, privados de sua liberdade esquecem que continuam sendo seres humanos e, portanto, merecedores de todos os direitos compatíveis com sua condição. Esquecem-se ainda que o fim de todo condenado é o retorno à sociedade. E que se o infrator não for ressocializado, continuará a delinquir, tornando a sociedade cada vez mais insegura e violenta. A ressocialização, bem como o respeito aos direitos do preso, interessa a toda a coletividade, visto que todos perdem com o crime. Daí a importância de se estudar e investigar os motivos que levam a não ressocialização dos detentos, buscando soluções para o decadente sistema prisional, principalmente no Brasil.

Chegamos neste momento a uma etapa da evolução do sistema prisional que age com uma finalidade maior, a ressocialização do encarcerado, e finalmente, modelos que não admitem mais punições cruéis. O modelo irlandês se espalhou pelo mundo, se tornou referência em congressos que abordam este tema. Existe a prisão do indivíduo para garantir a segurança, a disciplina, e também a punição do indivíduo, mas também se respeita os direitos essenciais de qualquer ser humano. Ainda que tenham cometido um delito.

Finalmente são reconhecidos os direitos dos presos, que devem sim serem punidos conforme a lei, mas também o Estado passa a ser regulamentado por leis que definem até onde vai o seu exercício de punir. Os direitos humanos fundamentais, devem ser respeitados. E a busca

pela ressocialização o fim maior da punição. Em Praga, no ano de 1930, realizado o X Congresso Penitenciário Internacional, tratando exatamente destas regulamentações e normas referentes aos presos, com a consciência dos direitos a estes inerentes.

O direito penitenciário foi tomando forma com o desenvolvimento da instituição prisional. Antes do século XVII a prisão era apenas um estabelecimento de custódia em que ficavam detidas pessoas acusadas de crime, à espera da sentença, bem como doentes mentais e pessoas privadas do convívio social por condutas consideradas desviantes ou questões políticas. Foi notadamente no século XVIII que a pena privativa de liberdade institucionalizava-se como principal sanção penal e a prisão passa a ser, fundamentalmente, o local da execução das penas<sup>83</sup>.

Mesmo com a declaração dos Direitos Humanos, e com o surgimento da ciência da criminologia, ainda não foi suficiente para humanizar o sistema prisional e nem mesmo o surgimento do Direito penitenciário.

Cesare Beccaria já definia a prisão como horrível mansão do desespero e da fome<sup>84</sup>, o que ainda se repete no sistema carcerário brasileiro, e como diz Cesar Roberto Bitencourt :

De um modo geral, as deficiências prisionais apresentam muito mais características semelhantes aos tempos dos suplícios, é comum e corriqueiro se constatar nos presídios, maus tratos verbais ou de fato, superpopulação carcerária, o que também leva a uma drástica redução de desfrute de outras

---

<sup>83</sup>MIRABETE, 1995, p.310.

<sup>84</sup> BECCARIA, 1993, p.24.

atividades que deve proporcionar o centro penal; falta de higiene; condições deficientes de trabalho, o que pode significar uma inaceitável exploração dos reclusos ou ócio completo; deficiências do serviço médico, que pode chegar em muitos casos, a sua absoluta inexistência; regime alimentar deficiente; elevado índice de consumo de drogas, muitas vezes originado pela venalidade e corrupção de alguns funcionários penitenciários que permitem e até realizam o tráfico; reiterados abusos sexuais; ambiente propício à violência, em que impera a utilização de meios brutais, onde sempre se impõe o mais forte<sup>85</sup>.

Ainda hoje, portanto, a situação dos sistemas carcerários continua com problemas que parecem não ter uma solução. Mas é preciso continuar o aperfeiçoamento destes sistemas.

### 3.1 O Sistema prisional na atualidade

A adoção de novos paradigmas de atuação pelos agentes públicos para enfrentar os tantos desafios que demandam a atuação do Estado na seara das políticas públicas e nos presídios, em que se depara com múltiplas informações envolvendo centenas de milhares de pessoas privadas de liberdade. O levantamento histórico desses presídios mostra o alarde dessa problemática, segundo o

---

<sup>85</sup> BITENCOURT, 2011, p.142.

BNMP (Banco Nacional de Monitoramento de Prisões), em informações prestadas que foram extraídas em 6 de agosto de 2018 através de pesquisas de campo sobre o Cadastro Nacional de Presos atualmente o sistema carcerário guarda aproximadamente cerca de 780.917<sup>86</sup>, contabilizando entre homens e mulheres dentro de suas repartições.

Somente no Estado de Minas Gerais temos aproximadamente 58.664<sup>33</sup> presos, cerca de 9,74%<sup>33</sup> da população carcerária, sendo uma probabilidade considerável de detentos sobre a responsabilidade do poder público. Diante desses números, políticas públicas para melhoria desse sistema devem ser desenvolvidas e aplicadas urgentemente para coibir o número de reincidência, as rebeliões que são constantes, as péssimas condições de habitação dos detentos, para que um resultado efetivo seja alcançado.

Apresentação de dados mais específicos precisam ser demonstrados.

Segundo dados os dados do Infopen<sup>87</sup> de 2016 entre a data de 2000 e 2016 a de prisões aumentou cerca de 157% no Brasil, dando uma média aproximada de 353 pessoas presas para cada grupo de 100.000 mil habitantes. A grande maioria desses presos encontram-se reclusos sem julgamento e condenação, os dados ainda mostram que no período entre 2000 e 2016, a população carcerária cresceu aproximadamente 7,3% ao ano, totalizando um aumento de 116% desde a virada do século.

Desde a pesquisa feita pelo Infopen em junho de 2016, todos os estados da federação estavam com déficit de vagas para presos sem condenação, não estamos

---

<sup>86</sup>Fonte: BNMP 2.0/CNJ – 6 de agosto de 2018

<sup>87</sup> INFOPEN – junho de 2016. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Todos os dados numéricos e de porcentagem foram retirados do Departamento Penitenciário Nacional.

falando apenas de falhas em algumas localidades mais de todas as partes do território nacional, tão grave quanto, materializa-se desde a data pesquisada 89% da população carcerária encontrava-se privada de sua liberdade, em estabelecimentos que não comportam sua permanência, seja em qualquer regime de condenação.

O perfil da classe carcerária é de suma importância retratar, para que se possa entender a problemática das classes sociais no que concerne ao maior índice de criminalidade na faixa etária para investimento de políticas públicas. Cerca de 55% da dos presos é formada por jovens com faixa etária até os seus 29 anos, 19% representado aqueles com idade entre 30 a 34 anos e 19% entre aqueles que estão reclusos com idade entre 35 e 45 anos. Se observado essas porcentagens o maior índice de tendências criminosas é nos jovens com idades abaixo de 30 anos.

Dados muitos relevantes apontam que 75% da população prisional brasileira não teve acesso ao ensino médio, tendo no máximo concluído o ensino fundamental, um número estrondoso pelas massas de criminosos que não tiveram acesso ou de alguma forma negligenciaram a educação.

O Infopen informou que foi registrado 620.583 incidências penais cometidas dentro Código Penal e legislações específicas. Pelas informações prestadas pelo Departamento Penitenciário com relação à educação apenas 12% da população prisional no Brasil não estão envolvidos em qualquer tipo de atividade educacional.

Somente cerca de 15% dos presos, conforme pesquisa estão frequentando atividades de trabalho totalizando 95.919 do total da população carcerária como já foi apresentado acima, sendo que 87% por cento trabalha em atividades laborais internas e somente 13% em atividades externas. Essa ociosidade do tempo gera graves problemas como conflitos e o aumento das facções

criminosos, se o convívio entre eles não estiver sendo preenchido pelo trabalho, a probabilidade de propagação de ideias por aqueles que estão totalmente voltados para a vida do crime é gigantesca.

O maior índice de condenações dos crimes encontra-se na seguinte ordem: tráfico, quadrilha ou bando, roubo, furto, receptação, homicídio, latrocínio, desarmamento e violência doméstica.

Os detentos ainda têm que enfrentar as condições desumanas de higiene e a falta de estrutura local.

Há uma série de violações que podem ser demonstradas, no artigo 5, inciso XLIX, da Constituição Federal, de 1988, que prevê a proteção e respeito da integridade física e psíquica do preso. Na Lei de Execução Penal de forma pormenorizada limita quais as assistências que é dever do Estado para a estadia do condenado no sistema. O artigo.10 e 11 da LEP<sup>88</sup>leciona:

Artigo.10 A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. [...]

Artigo.11 A assistência será:

- I – material;
- II – à saúde;
- III – jurídica;
- IV – educacional;
- V – social;
- VI – religiosa;

É uma série de responsabilidades que o Estado está comprometido a cumprir mais que na prática não ocorre. O descumprimento de normas pelo Estado poderia apenas ser

---

<sup>88</sup> Lei de Execução Penal – 7210 de 2984.

entendido como falta de recursos? Ou a falta de condutas operacionais efetivas que ainda não foram implantadas?

Segundo Jason Albergaria:

Ora o fim da execução da pena teria de ser expresso na lei, como consequência da missão do moderno Direito Penal, como proteção da convivência humana na sociedade, isto é, como ordem de paz e de proteção das relações sociais humanas, enfatizando ainda que essa missão protetora é hoje mais importante do que nunca numa sociedade de massa, em que periga a existência do homem.<sup>89</sup>

Por todos os dados recolhidos pelo Infopen é possível entender de uma forma mais clara a situação carcerária, seus dados, as porcentagens, englobando situações no âmbito educacional, índice de reincidência e práticas laborais. Por meio dessa análise que é possível adentrar na esteira da reformulação do sistema ou na eficiência de gestões privadas na ativa que estão causando uma melhoria considerável e que se bem investidas e incentivadas poderão ao longo prazo melhorar a situação caótica.

O número de pessoas detidas hoje no país é gigantesco, ultrapassando a Rússia o Brasil ocupa o 3º lugar no ranking mundial por obter o maior número de presos em seu sistema, ficando abaixo somente dos Estados Unidos (aproximadamente 2 milhões) e da China (aproximadamente 1,6 milhões)<sup>90</sup>. Qual deveria ser o real sentido para que alguém seja privado da vida em sociedade? Para Marcos Rolim:

<sup>89</sup> ALBERGARIA, 1996. P.97.

<sup>90</sup> Folha de São Paulo – 2017.

O regime do estabelecimento deve procurar reduzir as diferenças que possam existir entre a vida na prisão e a vida em liberdade, na medida em que essas diferenças tendem a abater o sentido da responsabilidade do detido ou o respeito pela dignidade de sua pessoa. Antes do termo da execução de uma pena, é desejável que seja adotada a medida necessária para assegurar ao recluso um regresso progressivo à vida na Sociedade. Este objetivo poderá ser alcançado, consoante os casos, por um regime preparatório da libertação, organizado no próprio estabelecimento ou em outro mais adequado, ou por uma libertação condicional sob um controle que não deve caber a polícia, mas que comportará em assistência social. Tradicionalmente, os regimes prisionais exercitam uma determinada visão a respeito da disciplina que termina por retirar dos reclusos qualquer possibilidade de iniciativa autônoma e, por decorrência, qualquer noção deresponsabilidade individual. Ora, uma disciplina concebida como adesão forçada, a um conjunto de regras concebidas para a vida prisional em seus mínimos detalhes, sem que seja possível, de

qualquer modo, uma intenção dos próprios reclusos no processo de instituição das regras, só pode conduzir à alienação da ideia de disciplina o que, ao invés de preparar o preso e ensiná-lo, o afasta e deseduca.<sup>91</sup>

O que se tornaria mais viável para melhoria dos resultados estrondosos da criminalidade é a participação direta do apenado de forma efetiva, possibilitando a ele a participação por meio de responsabilidades, se materializando por suas opiniões e/ou seu labor para custeio e manutenção do estabelecimento público.

Exemplo bem claro e inovador são as APAC's (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), neste modelo as funções do presídio são feitas por voluntários, como segurança, alimentação e limpeza.

O regime de encarceramento deve buscar causar o mínimo impacto possível na vida do transgressor e isso não quer dizer que está havendo uma impunidade por parte do poder Público, mas que o foco principal é a aplicação de um regime disciplinar e ao mesmo tempo preparatório para o seu regresso. O regime disciplinar deve ser observado por um prisma em que o detento é uma peça importante e que participa efetivamente desse modelo, dando opiniões, exercendo funções importantes, exemplo disso, são os modelos das APAC's em que os presos são responsáveis por quase todos os setores do estabelecimento, inclusive da segurança.

#### **4 CONCEITOS DE PARCERIAS PÚBLICAS-PRIVADAS**

---

<sup>91</sup> ROLIM, 2014, p.35.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho parceria público-privada, “é o acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras e fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e ganhos entre os pactuantes<sup>92</sup>.”

Para Niebuhr, as Parcerias Público-Privadas são:

Espécie de contrato administrativo de delegação de atividades destinadas à satisfação de interesses públicos ou exploração de obra pública, com, pelo menos, a repartição – entre os parceiros – dos riscos inerentes à atividade, de prazo de duração prolongado e de vultoso valor econômico, em que se sublinha a existência de contraprestação pública ao parceiro privado para a remuneração da atividade, de modo integral quando, para efeito de seu custeio, o tomador da atividade for o parceiro público, ou em adição à tarifa, quando o serviço ou obra pública comportar cobrança direta dos usuários<sup>93</sup>.

Neste mesmo caminho Justen Filho concretiza:

Parceria público-privada é um contrato organizacional, de longo

---

<sup>92</sup> CARVALHO FILHO, 2009, p.406.

<sup>93</sup> NIEBUHR, 2007, p.90.

prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro<sup>94</sup>.

As PPP's foram criadas pela lei 11.079/2004, em seu artigo.2, esclarece a questão da conceituação e suas modalidades, vejamos:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

O Estado de Minas Gerais foi o primeiro a utilizar está lei após sua vigência, antes mesmo que a União estivesse aplicada e surtido seus efeitos em um âmbito nacional. Algumas características fundamentais deste instituto devem ser identificadas, após os conceitos expostos acima. As parcerias público-privadas devem ser celebradas com prazo determinado, o objeto deve conter valor superior a R\$ 10.000.000,00, mediante prévia concorrência, com compartilhamento de riscos, nas modalidades administrativa ou patrocinada e sua criação deve ter um propósito específico.

Eis o teor do artigo 2º, parágrafos 3 e 4 da lei 11.079/2004, para melhor elucidações características mencionadas:

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); (Redação dada pela Lei nº 13.529, de 2017).

II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos;

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

---

<sup>94</sup> JUSTEN FILHO, 2010, p.89.

Após um breve relato sobre o que seriam as PPP's, vale ressaltar que o seu surgimento começou pela insatisfação do setor privado para ingressar nas modalidades de concessionária ou permissionária no setor Público, e o Estado se viu condicionado a criar novas formas para que parceiro privado se sentisse estimulado a ingressar nesta seara. Desta forma, como Mazza esclarece:

O alto custo da prestação e o risco elevado que envolve a condição de concessionária de serviço público, associados ao desenvolvimento do capitalismo financeiro e à escassez de recursos públicos, forçaram o Estado moderno a criar novas fórmulas para tornar mais atrativa a prestação de serviços públicos para o investidor privado. As PPPs nasceram nesse contexto de falta de recursos públicos, ineficiência na gestão governamental e necessidade de distribuição de riscos para atrair parceiros privados<sup>95</sup>.

A Lei n.º 11.079/2004 estabeleceu em seu artigo.2º as modalidades de PPP's:

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos

---

<sup>95</sup> MAZZA, 2017, p.652.

usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

A seguir, serão analisados esses dois tipos de parcerias público-privadas previstas pela legislação brasileira.

#### **4.1 Modalidade patrocinada**

Para Maria Sylvania a concessão patrocinada seria um:

[...] contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou o parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ou parceiro privado<sup>96</sup>.

A concessão na modalidade patrocinada envolve a dualidade da tarifa mais a contraprestação paga pelo poder

---

<sup>96</sup> MARIA SYLVIA, 2014.

público ao poder privado, facilitando assim, saldar os investimentos feitos pelo particular, sendo utilizada em empreendimentos que envolvam alto custo. Um conceito adotado de forma majoritária na doutrina é que permissão é um ato administrativo negocial, precário e discricionário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesses coletivos, ou o uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração<sup>97</sup>.

A característica principal dessa modalidade de concessão é a presença da contraprestação pecuniária, mas vale a ressalva que está prevista no parágrafo § 3º, artigo 10, da lei 11079/04, quando a remuneração do parceiro privado for tanto pela tarifa cobrada do usuário direto, quanto pela contraprestação do parceiro público, não poder ser neste caso, superior a 70% da remuneração total que será paga ao investidor. Caso o serviço que foi pactuado na modalidade patrocinada, se torne totalmente ou parcialmente disponível, é que dará legitimidade para a contraprestação ser feita pelo poder público.

#### **4.2 Modalidade administrativa**

Para Mazza a modalidade administrativa pode ser entendida como:

O contrato de concessão onde a Administração Pública é a principal usuária do serviço prestado pelo parceiro privado. Normalmente, a concessão administrativa é utilizada quando o serviço prestado pelo parceiro privado é “uti universi”, impedindo cobrança de tarifa do particular<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup>MEIRELLES,2004. p. 186.

<sup>98</sup>MAZZA, 2017.p.654.

Para melhor esclarecimento sobre este instrumento de parceria público-privada de concessão Meirelles estabelece:

...esta modalidade de concessão é paga integralmente pela Administração, uma vez que ela é a usuária direta ou indireta do serviço, e permite a inserção do setor privado em serviços até o momento não tão atrativos, como por exemplo, a construção e administração de hospitais e presídios<sup>99</sup>.

Na modalidade administrativa ocorre a prestação do serviço pelo setor privado, de forma direta ou indireta ao setor Público, sendo este o usuário principal do fornecimento dos objetivos que foram firmados no instrumento contratual anteriormente.

As PPP's irão surgir no contexto da modalidade de concessão administrativa, onde o Estado é que arcará com as despesas pelo serviço objeto da concessão e o setor privado será responsável por algum serviço por ora anteriormente já delimitado.

Após avaliação dessas duas modalidades, pode-se concluir que, o oposto da concessão patrocinada que tem em seu escopo a execução de um serviço público, a concessão administrativa já tem por finalidade a prestação de um serviço público. Mas existe a presença em ambas da contraprestação, mesmo que em uma exista a figura que prepondera a tarifa, conhecida por muitos como um plus.

---

<sup>99</sup>MEIRELLES, 2006.

## 5 EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Este capítulo irá retratar as experiências de alguns países que foram pioneiros na implementação da parceria público-privada em seu sistema penitenciário, sendo analisado os pontos positivos, os negativos e seus respectivos resultados. As referidas experiências serão dos países Inglaterra, França e Estados Unidos.

As PPP's surgiram em alguns países na busca pelo Estado por ajuda na união da infraestrutura e os serviços públicos através de um parceiro privado, para atender as necessidades que todos naquele período necessitavam, com início na década de 80, se desenvolvendo no Reino Unido, na França, nos Estados Unidos, Inglaterra, Portugal, Itália, Holanda e alguns países da América Latina, entre outros.

E o conceito da PPP irá depender em qual país ocorrer sua inserção, enquanto na Inglaterra significa *private finance initiative* (iniciativa financeira privada), nos Estados Unidos *purchase-of-services contracts* (contratos de aquisição de serviços), ou contrato de concessão conforme previsão da Lei n.º 11.079/2004 em seu artigo.2º no Brasil.

É de suma importância trazer este relato para clareza de entendimento da PPP, seu surgimento e das probabilidades (índice desatualizado) que os países detêm, conforme dados apresentados abaixo:

Com relação ao sistema carcerário, existem cerca de 200 presídios privados no mundo, sendo a metade deles nos Estados Unidos. O início da experiência americana com a privatização de presídios se deu na década de 1980. Hoje, esse modelo penitenciário atende 7%

dos condenados. Já na Inglaterra, 10% da população carcerária está em penitenciárias com administração terceirizada. Na Austrália, que é a recordista mundial, esse percentual sobe para 17%. África do Sul, Canadá, Bélgica e Chile também aderiram à privatização. Um levantamento do governo australiano mostra que um preso em regime privatizado pode custar menos que na cadeia pública - lá, o custo cai de US\$ 55 mil para US\$ 34 mil. Para os donos dos presídios, os números da privatização nos Estados Unidos sugerem que o negócio não é ruim. O valor de mercado da *Correction Corporation of America*, a maior empresa do ramo, saltou de US\$ 200 milhões para US\$ 1 bilhão em cinco anos<sup>100</sup>.

A adoção desse sistema se aplicado da melhor forma é benéfico para ambas as partes, tanto para o Estado que poderá gastar menos na segurança pública com melhores resultados, quanto para o parceiro privado que poderá visar lucro nesta prestação de serviço, mas não como objetivo principal, sendo este a ressocialização do preso e a diminuição do índice de criminalidade.

### 5.1 Inglaterra

No final da década de 80 o sistema carcerário da Inglaterra atingiu um quadro de superpopulação que,

---

<sup>100</sup>SANTOS,2009.

somado ao alto custo de manutenção, levou esse país a adotar um modelo de sistema prisional privado. A escassez do número de vagas nos presídios foi um dos vários problemas enfrentados pela Inglaterra e País de Gales e resolvido com a privatização. O governo inglês assinou contratos com consórcios de empresas privadas para a construção de nove penitenciárias<sup>101</sup>.

A conduta corretamente, assim entendida, adotada pela Inglaterra com a crise da superlotação ampliou sua percepção para incluir o parceiro privado na construção de presídios e assim melhorar a demanda do atendimento aos que se encontram reclusos. Dados da Confederação Nacional da Indústria (CNI) revelaram os resultados benéficos após um período considerável da adoção da *Private Finance Initiative*, como consta:

Segundo informações obtidas da Confederação Nacional da Indústria (CNI) junto ao International Financial Services de Londres, no período de pouco mais de dez anos desde a introdução do sistema, o governo britânico assinou mais de 500 projetos de *Private Finance Initiative*, que ultrapassam 70 bilhões de dólares em investimento. A iniciativa de parceria recebeu avaliações internas positivas<sup>102</sup>.

Diferentemente do sistema francês e americano, o sistema de parceria público-privada dos ingleses se difere

---

<sup>101</sup>SANTOS, 2009.

<sup>102</sup>OLIVEIRA, 2013, p.92.

porque o poder é voltado para o Estado e o financiamento é bancado através de impostos e/ou empréstimos adquiridos por aquele. Os custos das penitenciárias privadas inglesas chegam a ser 20% menor do que presídios públicos, segundo Herb Nahapiet, dirigente da Kalyx, empresa gestora do grupo Sodexo, que administra presídios na Inglaterra e em outros cinco países. O modelo atrai investidores para participar de áreas que dão muita mão-de-obra e menos custos para o Estado<sup>103</sup>. Os resultados positivos obtidos pelos ingleses após essa implementação são claros, mesmo que existam pontos negativos com o crescimento de presídios controlados pelo parceiro privado, devendo ser apontados pelo Estado e técnicas de melhorias devem ser adotadas por ambos responsáveis.

## 5.2 França

O modelo francês de PPP conforme explicação adiante, é o que mais se assemelha ao sistema brasileira de parceria e concorrentemente foi utilizado como parâmetro de inspiração para a instalação dessa modalidade de concessão no país.

Na França, a ideia de delegar ao setor privado surgiu devido à crise no sistema e a superlotação dos presídios. Muitos projetos tramitaram até a promulgação, em 1987, da Lei 87/432, que autorizou a gestão das penitenciárias, por meio do processo licitatório<sup>104</sup>.

## 5.3 Estados Unidos

Os Estados Unidos começaram a utilizar prisões privadas nos anos 1980, quando sentenças duras eram a resposta a uma onda de criminalidade no país, em meio à

---

<sup>103</sup>OLIVEIRA, 2013, p.92.

<sup>104</sup>SANTOS, 2009, p.69.

guerra às drogas, e fizeram a população carcerária explodir.

No início, as empresas começaram a operar prisões privadas no nível local e estadual e, a partir de meados da década de 1990, em instalações federais.

O número de prisões privadas no EUA é muito superior se comparado com a atualidade brasileira, e a autonomia dada àquele se comparado a este, também é muito mais ampla. “Contabilizando há cerca de 150 prisões privadas em 28 Estados dos EUA. As duas maiores empresas são a Corrections Corporation of America e a Wackenhut Corrections Corporation.

Suprema Corte deixou claro que não há impedimento para implantação dos presídios privados, disposto na súmula 1981 com a seguinte redação: não há obstáculo constitucional para impedir a implantação das prisões privadas, cabendo a cada Estado avaliar as vantagens advindas dessas experiências, em termos de qualidade e segurança, nos domínios da execução penal<sup>105</sup>.

Muitos críticos dizem que esse modelo de PPP não seria o ideal como parâmetro para a aplicação no nosso país, pois o parceiro privado arcaria com praticamente todas as responsabilidades aplicadas ao apenado, salvaguardando algumas ao setor público, como o transporte do preso.

Este modelo se mantém nos EUA por diversos fatores positivos após a sua implantação, “pois apresenta uma alternativa mais barata e eficiente, e a quantidade destas experiências tem se multiplicado dentro e fora dos EUA<sup>52</sup>.

#### **5.4 Experiência Nacional da parceria público-privada**

A partir da implantação do programa de reforma do Estado, desenvolvido nos anos 90 é que vai começar a

---

<sup>105</sup> SANTOS, 2017.

surgir as primeiras colocações referente às PPPs. O então presidente Fernando Henrique Cardoso, juntamente com o ministro de Estado Bresser Pereira, desenvolve a política de privatizações, a flexibilização de monopólios públicos e as políticas de estímulo do terceiro setor<sup>106</sup>. As PPPs começam a surgir no Brasil diante da necessidade de atuação para melhoria no setor público frente a necessidade e a grande demanda, flexibilizando o Estado a atuação do setor privado por uma patente pública.

O foi Estado buscando novas formas de relacionamento com o setor privado, devido à má utilização dos recursos públicos, a ineficiência dos modelos de gestão carcerária, a fragilidade e desorganização das instituições estatais responsáveis pela política prisional e o crescimento acentuado do número de presos, o que faz com que todos esses problemas se tornem sistêmicos, alcançando dimensões cada vez mais amplas. Nesse contexto, as Parcerias Público-Privadas (PPPs) irão surgir surgem como uma solução imediata, com a iniciativa privada ficando responsável pelos serviços públicos, recebendo do governo remuneração pela concessão e estando sob supervisão estatal. Esse modelo foi instituído no âmbito federal pela lei nº 11.079/2004 como modalidade de contratos administrativos<sup>107</sup>.

O Estado de Minas Gerais foi o pioneiro no projeto de parcerias públicoprivadas, principalmente nas áreas de transporte e educação. Para ser considerado um modelo bem-sucedido, o Estado desenvolveu uma estrutura que incentiva a implantação das parcerias público-privada, elaborando uma estrutura administrativa e gerencial específica<sup>108</sup>. Foi a partir da iniciativa do Estado de Minas que a primeira modalidade de concessão pela parceria público-privada no sistema prisional é implantada,

---

<sup>106</sup> SOUZA, 2015, p.90.

<sup>107</sup> SOUZA, 2015, p. 22.

<sup>108</sup> SOUZA, 2015, p. 22.

surgindo na cidade de Ribeirão das Neves, baseando sua aplicabilidade na lei 11.079/2004.

Essa penitenciária foi construída por um consórcio de cinco empresas – uma sociedade com propósito específico, na forma de sociedade anônima, com a exclusiva finalidade de explorar o objeto da concessão administrativa, ou seja, o presídio. O consórcio Gestores Prisionais Associados (GPA), vencedor da licitação, foi o responsável por construir e administrar o complexo, obedecendo 380 indicadores de desempenho definidos no contrato pelo governo mineiro, com prazo de 27 anos, válido até 2036, podendo ser prorrogado até 2044, onde completa 35 anos<sup>109</sup>.

O Presídio funciona atualmente e através de projetos ajuda e auxilia a inserção dos detentos na sociedade, conforme reportagem demonstra: “O uniforme do sistema prisional deu lugar à beca. A felicidade no olhar ao receber o canudo com o diploma mostrava o resultado de longos dias de estudos. Foi com um sorriso no rosto e com a sensação de dever cumprido que 53 detentos do Complexo Penitenciário Público-Privado (CPPP) participaram da formatura dos cursos de informática e segurança do trabalho. Os presos fazem parte do 1% da população carcerária que tem a oportunidade de fazer um curso técnico. O programa foi o primeiro realizado em Minas Gerais<sup>110</sup>.”

Após percorrer esse caminho da implantação da PPP no Estado de Minas Gerais, pode-se observar que não há qualquer abandono dos detentos por parte do Estado, não é como muitos pensavam, o Estado deixando-os de lado e passando a responsabilidade total ao parceiro privado, pelo contrário, o Poder Público continua com a responsabilidade sobre os detentos, tendo inclusive que fiscalizar para saber se todas as exigências estão sendo

<sup>109</sup>OLIVEIRA, 2013. Cap. 2.

<sup>110</sup>VALE, 2018.

cumpridas<sup>111</sup>. Não há a transferência de poderes pois o Estado continua sendo detentor deste, o que ocorre é a transferência de responsabilidades para o parceiro privado, sendo observando as delimitações dos dispositivos legais e sempre sobre escolta do poder Público.

Seria mais viável adotar esse modelo frente ao cenário horripilante, conforme será tratado no tópico em diante, as privatizações não surtiram os efeitos esperados e as PPPs obtiveram êxito. O Estado continua sendo o responsável final pela integridade do detento, conforme disposição no texto constitucional, Declaração dos Direitos Humanos e as leis específicas de Execução Penal e as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

As atribuições do DPN não podem ser transferidas ao parceiro privado, conforme a LEP as responsabilidades podem ser entendidas como:

Art. 72. São atribuições do Departamento Penitenciário Nacional:

- I - acompanhar a fiel aplicação das normas de execução penal em todo o Território Nacional;
- II - inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais;
- III - assistir tecnicamente as Unidades Federativas na implementação dos princípios e regras estabelecidos nesta Lei;
- IV - colaborar com as Unidades Federativas mediante convênios, na implantação de estabelecimentos e serviços penais;

<sup>111</sup>ROBERG, 2018.

V - colaborar com as Unidades Federativas para a realização de cursos de formação de pessoal penitenciário e de ensino profissionalizante do condenado e do internado.

VI – estabelecer, mediante convênios com as unidades federativas, o cadastro nacional das vagas existentes em estabelecimentos locais destinadas ao cumprimento de penas privativas de liberdade aplicadas pela justiça de outra unidade federativa, em especial para presos sujeitos a regime disciplinar. [\(Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003\)](#)

Parágrafo único. Incumbem também ao Departamento a coordenação e supervisão dos estabelecimentos penais e de internamento federais<sup>112</sup>.

É necessário frisar que a responsabilidade pela sentença penal é de exclusividade do poder público e o acompanhamento da execução penal também, não pode haver confusão entre a função jurisdicional do Estado e a administração da penitenciária, é explícito que não uma transferência total por parte do Estado.

Para Augusto Thompson:

Qualquer proposta da reforma penitenciária, respeitando as balizas que decorem,

<sup>112</sup> LEP, artigo 72, da lei 7210/84.

necessariamente, terá de se atingir a dois alvos fundamentais: propiciar à penitenciária condições de se realizar a regeneração dos presos e; dotar o conjunto prisional de suficiente número de vagas para recolher os detentos. É notório que o Estado está enfraquecido para ajeitar todo o sistema<sup>113</sup>.

A reformulação carcerária é algo essencial mais junto com ela outros objetivos devem ser alcançados como a ressocialização do preso com penitenciárias sem a superlotação, fator este crucial para o índice de incentivo a criminalidade dentro do sistema.

### **5.5 Uma análise crítica sobre a efetividade da Parceria Público-Privada**

O primeiro modelo de PPP em penitenciárias foi no estado de Minas Gerais na cidade de Ribeirão das Neves por dados fornecidos é possível notar a eficiência de tal concessão pelo número ínfimo de fugas, pelo índice e reincidência após o cumprimento da pena, pelas melhorias no estabelecimento com relação a estrutura, pelos cursos fornecidos de estudo e profissionais.

Segundo Magalhães a PPP é muito perigosa, pois está mexendo com uma atividade privada, que envolve lucro. Ou seja, o objetivo de uma empresa privada é o lucro. Ela vive do lucro. Se não tiver lucro, ela fecha. E esse lucro depende do encarceramento. E encarceramento depende da criminalidade. Nós temos que esvaziar essas penitenciárias de outra maneira. Temos que ter políticas inteligentes de combate à criminalidade,

<sup>113</sup> THOMPSON, Augusto. A questão da Penitenciária. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 1

de combate às drogas e outra forma de ressocializar essas pessoas porque presídio não ressocializa ninguém, em opinião contrária à viabilidade desse modelo.<sup>114</sup>

Mais o objetivo central da modalidade de parceria não é instituído pelo lucro, mais uma melhoria na estruturação e fornecimento de serviços.

A implantação do sistema de PPPs na gestão de estabelecimentos prisionais, diante da realidade carcerária vivida hoje pelo país, enseja por entendimento, aspectos profundamente positivos. O Poder Público precisa estar presente na fiscalização, tanto da implantação, quanto no decorrer da gestão dos modelos de parcerias, com o intuito de evitar-seum mercado somente lucrativo e que de alguma forma negligencia seu papel.

Acredita-se que, com o fiel cumprimento das obrigações impostas a ambos os lados da parceria, tendo em vista o objetivo de recepcionar no seio da comunidade, um ex-detento ressocializado, esse novo modelo de gestão prisional, que agora inicia seu procedimento de implantação, trará muitos benefícios para a sociedade, mormente se comparado com o atual modelo vigente<sup>115</sup>.

Algumas funções não podem ser delegadas mais isso não impede a eficácia das PPP's, melhorias podem ser constatadas por diversos fatores e isso não quer dizer que exista um modelo perfeito ou totalmente intocável de alterações.

Consta ainda que as privatizações dos presídios se comparadas ao sistema de parceria público-privada, saem em um custo maior para o erário público, o número de rebeliões é praticamente zero e as fugas também, o preparo para o campo de trabalho através de cursos profissionalizantes é muito eficaz.

<sup>114</sup>PRESÍDIO em regime de PPP em Minas divide opiniões de especialistas. 2017.

<sup>115</sup>SANTOS, 2009.

Enfim, a experiência de Minas Gerais demonstra que a utilização dos mecanismos de parceria disponíveis tem enorme potencial para modernizar a implantação e gestão de infraestrutura pública. Por meio das parcerias, o Governo do Estado restabelece padrões de prestação de serviços e cria oportunidades para aprimorar e acelerar o desenvolvimento de infraestrutura econômica e social em Minas Gerais<sup>116</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante todo este trajeto, pelo surgimento da pena e evolução histórica do sistema prisional pode-se notar que temos traços e heranças daquele famoso ditado “olho por olho, dente por dente”, isto está enraizado em nós, por mais que seja discutido e preocupe-se, a população em massa quer o sofrimento daquele que de alguma forma praticou um crime e causou uma dor na sociedade por ter-lhe tirado algo. Pois quando se fala em direitos e garantias do preso, burburinhos e críticas pelo senso comum são ouvidas por todos os cantos.

A necessidade de conceder ao particular uma responsabilidade do Estado nada mais é do que uma necessidade frente à situação caótica e não uma isenção de responsabilidades pelo poder público.

Pelo surgimento das Parcerias Público-Privadas tendo ocorrido inicialmente no estado de Minas Gerais, é notório a melhoria a partir de então com a sua implantação, pois a cogestão é importantíssima nesse modelo, sendo dividido tarefas nas quais no decorrer de décadas o Estado não conseguiu dar efetividade. Passando por uma legislação esparsa de leis que regulamentam todo

<sup>116</sup>Parcerias Público-Privadas no Estado de Minas Gerais.<[http://www.ppp.mg.gov.br/images/Cartilha/Cartilha\\_PPP\\_Deenvolvimento\\_Econ%C3%B4mico\\_Portugu%C3%AAs.pdf](http://www.ppp.mg.gov.br/images/Cartilha/Cartilha_PPP_Deenvolvimento_Econ%C3%B4mico_Portugu%C3%AAs.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2018.

trâmite processual e institucional do preso, é realmente impossível que se acredite na solução dos problemas unicamente pela atuação do poder público. Devemos nos espelhar em países de 1º mundo para melhoria do sistema já existente, pois estes aplicaram essa parceria e os resultados foram positivos e a melhoria foi considerável.

Os críticos existem e rechaçam a ideia que não poderia ser privatizado um poder originalmente dado ao Estado, mais pelos estudos feitos é possível identificar a concessão através das PPP's de serviços relacionados à alimentação, construção do estabelecimento prisional, médica, religiosa dentre outros, sob o monitoramento daquele que originalmente detêm o poder, seria então uma cogestão, uma divisão de tarefas para busca de um melhor resultado. Resultado este que é benéfico não somente para a figura do preso, mais também para toda a sociedade que sofrerá pelo aumento da criminalidade caso não se recupere aquele infrator que voltará para o convívio social.

O que é interessante com a união do parceiro público com o parceiro privado, é que os investimentos de construção de novas repartições para o encarceramento são feitos pelo próprio particular e quitados através de mensalidades pagas por cada preso, desonerando assim o Estado que nunca detêm condições financeiras para construção de novos presídios, desencadeando assim a superlotação preocupante nos dias atuais.

O objetivo central dessa modalidade de concessão não é obter lucro como alguns críticos arguem, fato é que o lucro é alcançado mais como consequência do serviço prestado. Vale frisar que a oportunidade de ingresso do particular nessa seara de alguma forma contribui para a economia, dando oportunidades àqueles que desejam investir no setor público.

Talvez os resultados das PPP's não estejam em um patamar de perfeição que se esperava, mais o resultado

almejado pode ser alcançado por melhorias na aplicação e desenvolvimento das mesmas.

Concluindo as PPP's estão aos poucos sendo implantadas, seu desenvolvimento e resultados estão se consolidando aos poucos, não existe óbice para a sua aplicação e muito menos resultados negativos para que não seja implantada. Vamos renovar a mente e desprender-se de ideias ultrapassadas que não estão condizendo com a realidade, tratar o outro com dignidade não é regalia, se resume na aplicação de direitos e garantias que são natos de todo ser humano e porque não buscar ajuda para que seja efetivamente alcançado melhorias?

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: site planalto.gov.br: Acesso em 06 outubro.2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Disponível em: . Acesso em: 09 out. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BIZZATO, Francieli Correa. **A pena privativa de liberdade e a ressocialização do apenado.** 2005. 137 f.

Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Univali, Itajaí, 2006. Cap. 1. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Francieli%20Bizatto.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

ROBERG, Mariana Pinheiro Novaes. **Parceria Público-privada: uma análise deste instituto no sistema prisional brasileiro.** 2015. 72 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília – Uniceub, Brasília, 2015. Cap. 3. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7055/1/21142901.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2018.

SOUZA, Giuliano Adelmo de. **Parceria Público-privada (PPP) no sistema penitenciário brasileiro: maior eficiência, menor custo?** 2015. 22 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Curso Direito da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo – Fac, Curvelo, 2015. Cap. 3. Disponível em: <<file:///C:/Users/Luana/Downloads/26-115-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2018.

AMBOROZIO, Antonio. **Uma avaliação das experiências internacionais e brasileiras de PPPs no sistema prisional.** 2017. Disponível em: <[https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/13594/1/TD-117\\_Web.pdf](https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/13594/1/TD-117_Web.pdf)>. Acesso em: 28 set. 2018.

SANTOS, Wilquer Coelho dos. **Parceria Público-privada no sistema penitenciário brasileiro.** 2017. 69 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Cap. 3. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/11875/1/21339649.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2018.

OLIVEIRA, Livia Freitas Guimarães. **Parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro.** 2013. 92 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Direito Público, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. Cap. 2.

**Os encarcerados e a cidadania além do mito –** Tempo de Mutação – Secretaria e Justiça e Cidadania de Pernambuco, 2002.

SANTOS, Jorge Amaral dos. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2269, 17set.2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13521>>. Acesso em: 14 out. 2018.

MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro.** 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 3

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Banco Nacional de monitoramento de prisões.** 2018. 100. Brasília, 2018. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. **Sistema penitenciário e parcerias público-privadas novos horizontes.** 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7643/sistema-penitenciario-e-parcerias-publico-privadas/2>>. Acesso em: 29 out. 2018.

## Parcerias Público-Privadas no Estado de Minas

**Gerais.** Belo Horizonte: Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico. Disponível em: <[http://www.ppp.mg.gov.br/images/Cartilha/Cartilha\\_PPP\\_Desenvolvimento\\_Econ%C3%B4mico\\_Portugu%C3%AAs.pdf](http://www.ppp.mg.gov.br/images/Cartilha/Cartilha_PPP_Desenvolvimento_Econ%C3%B4mico_Portugu%C3%AAs.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2018.

ISBN: 978-85-434-1595-6



Universidade de Itaúna  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

