

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MÁRCIO LEUZE

**ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS PENAIS DO CRIME DE EMBRIAGUEZ
MILITAR: NECESSIDADE DE UMA (RE)LEITURA CONSTITUCIONAL A
PARTIR DOS PRECEITOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
BRASILEIRO**

CHAPECÓ (SC), 2011.

MÁRCIO LEUZE

**ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS PENAIS DO CRIME DE EMBRIAGUEZ
MILITAR: NECESSIDADE DE UMA (RE)LEITURA CONSTITUCIONAL A
PARTIR DOS PRECEITOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Comunitária da Região de Chapecó,
UNOCHAPECÓ, como requisito parcial à obtenção
do título de bacharel em Direito, sob a orientação da
Prof. Me. Gláucio Wandré Vicentin.

Chapecó (SC), maio 2011.

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS PENAIS DO CRIME DE EMBRIAGUEZ
MILITAR: NECESSIDADE DE UMA (RE)LEITURA CONSTITUCIONAL A
PARTIR DOS PRECEITOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
BRASILEIRO**

MÁRCIO LEUZE

Prof. Me. Gláucio Wandré Vicentin
Professor Orientador

Prof. Me. Gláucio Wandré Vicentin
Coordenador do Curso de Direito

Profª. Me. Silvia Ozelame Rigo Moschetta
Coordenadora Adjunta do Curso de Direito

Chapecó (SC), maio 2011.

MÁRCIO LEUZE

**ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS PENAIS DO CRIME DE EMBRIAGUEZ
MILITAR: NECESSIDADE DE UMA (RE)LEITURA CONSTITUCIONAL A
PARTIR DOS PRECEITOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de BACHAREL EM DIREITO no Curso de Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ, com a seguinte Banca Examinadora:

Me. Gláucio Wandré Vicentin – Presidente

Marli Canello Modesti

Vilmar Araújo de Souza

Chapecó (SC), maio 2011.

AGRADECIMENTOS

Finalizada a pesquisa cumpre-me fazer os devidos agradecimentos aos meus familiares, colegas, e professores que durante o período de construção deste trabalho me acompanharam, incentivaram e sobremaneira foram compreensivos, para com as minhas dúvidas e inquietações. Deixo meu obrigado especial aos que seguem:

Primeiramente, a Gabriel, meu filho querido e amado a quem em muitos momentos deixei de dar atenção enquanto me dedicava à pesquisa, mas que com seu jeitinho carinhoso, insistente e pidão acabava me fazendo deixar de lado os estresses advindos desta tarefa, pois conseguia me fazer abandonar o que estava fazendo para entretê-lo e conseqüentemente desviar os meus pensamentos com alguns momentos de diversão,

Sou grato ainda, a minha esposa Carolina por sua compreensão, considerando que muitas vezes fui impaciente e insensível com ela por conta das dificuldades encontradas e do empenho com que me dedicava aos estudos.

Meus pais, Guilherme e Rita, aos quais dedico este trabalho por terem sempre me incentivado a estudar e, quando já havia praticamente abandonado o sonho de voltar ao curso de Direito, despertaram em mim aquele desejo já adormecido, fazendo-me retornar aos estudos, de modo que tenho certeza ser um grande orgulho para eles, ver-me concluindo a graduação.

Marcelo, meu irmão, colega de faculdade, e de farda, a quem, ao mesmo tempo em que agradeço pelas longas horas de discussão sobre nossos temas de monografia aproveito para felicitar por estar, também, no fim deste semestre concluído sua graduação em direito.

Tio Clóvis – “Sgt. Leuze” – amigo, parceiro e também colega de farda, a quem atribuo o motivo de hoje ser policial, e que dentro da Instituição Polícia Militar sempre me orientou servindo de referência e exemplo.

Agradeço a minha sogra, Mara que me acolheu, e em muitos momentos colaborou com os meus estudos cuidando e dedicando-se ao pequeno Gabriel enquanto me empenhava na pesquisa.

Ao professor Gláucio que me orientou neste trabalho, e com sua experiência e conhecimento direcionou meus estudos, para que pudesse chegar a uma conclusão fundamentada a cerca do meu problema de pesquisa e;

Por fim, agradeço e dedico este trabalho aos colegas da Polícia Militar de Santa Catarina, especialmente aos PMs do Pelotão de Motos do 2º BPM, com muitos dos quais já trabalho há mais de oito anos; que em muitas oportunidades, generosamente cederam-me seus ouvidos e sua atenção enquanto tecia meus comentários muitas vezes “indignados” a respeito das constatações e das dificuldades resultantes da pesquisa.

A todos vocês, muito obrigado!!!

É preferível prevenir os delitos do que precisar puni-los; e todo legislador sábio deve, antes de mais nada, procurar impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de propiciar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência. (BECCARIA, 1983, p. 92).

RESUMO

ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS PENAIS DO CRIME DE EMBRIAGUEZ MILITAR: NECESSIDADE DE UMA (RE)LEITURA CONSTITUCIONAL A PARTIR DOS PRECEITOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO. Márcio Leuze.

Glauco Wandré Vicentin (ORIENTADOR). (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ).

(INTRODUÇÃO) A CF define que as instituições militares são organizadas com base nos princípios de hierarquia e disciplina, rigidamente resguardadas pelos regulamentos disciplinares e pelo Código Penal Militar (CPM). Dentre os delitos que encontram guarida no CPM encontra-se o crime de embriaguez em serviço, previsto no art. 202 deste código. O crime de embriaguez em serviço, no Brasil, só existe no âmbito do direito penal militar. Enquanto que o servidor civil que se embriaga em serviço apenas estará sujeito a sanções administrativas o militar está sujeito à sanção penal, além de poder, também, ser punido administrativamente. As peculiaridades a cerca da comprovação deste crime constitui-se no tema dessa pesquisa, haja vista o fato de o tipo penal não ser taxativo e o conceito de “embriaguez” permitir diversas interpretações a cerca de suas circunstâncias. Ademais, verifica-se a inexistência de um rol de provas consideradas aptas a fornecer comprovação acerca da efetivação dessa conduta ilícita que somada ao fato de inexistir pacificação jurídica no tocante a esse assunto evidencia a relevância do tema. (OBJETIVOS) Rege o presente trabalho, enquanto objetivo geral, a averiguação quanto à necessidade de exames e perícias na comprovação do estado de embriaguez do militar que se apresenta para o serviço ou é apanhado inebriado em serviço. No tocante aos objetivos específicos o estudo é focado no sentido de Definir a origem e a necessidade do crime de embriaguez no Código Penal Militar; verificar os meios de prova que possibilitam a apuração do estado de embriaguez de maneira eficaz; averiguar o momento oportuno para a produção das provas técnicas. Analisar a necessidade das perícias e exames para a prisão em flagrante e condenação pelo crime de embriaguez em serviço. (EIXO TEMÁTICO) O tema de pesquisa encontra-se vinculado ao Eixo Temático do Curso de Direito da UNOCHAPECÓ “Cidadania e Estado”. (METODOLOGIA) O desenvolvimento do estudo seguiu o método dedutivo, baseado exclusivamente em pesquisas bibliográficas que consistiram na análise e interpretação de legislações, doutrinas, artigos jurídicos e jurisprudências. (CONCLUSÃO) Dada a existência da legislação penal militar ser anterior à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e conseqüentemente à instalação do Estado Democrático de Direito no Brasil, há que se concluir primeiramente pela possibilidade de descriminalização do Art. 202 do CPM, consoante a infringência de diversos princípios norteadores do modelo de Estado adotado pela nova constituição, fato que implica na não recepção deste dispositivo pela CF de 1988, tornando-o inaplicável. Quanto à comprovação do crime de embriaguez, a proposição é de que não pode haver condenação sem a existência de exame de corpo de delito direto atestando que o agente se encontra em estado de embriaguez; em sendo o laudo omisso neste quesito, apresentando apenas um valor quantitativo da substância entorpecente que agia no organismo do agente, a condenação somente será possível se houver outros meios de prova que confirmem esse “estado”. Este entendimento decorre da grande subjetividade que circunda a constatação da embriaguez, a qual não passa de um conceito, e por esse motivo permite uma amplitude de interpretações e juízos por parte do magistrado, violando com isso o princípio da taxatividade o que gera insegurança jurídica. (PALAVRAS-CHAVE) Embriaguez militar, comprovação e Estado Democrático de Direito.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. - Artigo

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPM – Código Penal Militar

CPP – Código de Processo Penal

CPPM Código de Processo Penal Militar

MP – Ministério Público

RDPMSC – Regulamento Disciplinar da Polícia militar de Santa Catarina

STF – Supremo tribunal Federal

LISTA DE APÊNDICES

APÊNDICE A - ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA	121
APÊNDICE B - TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA	123

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO I.....	17
1 O DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	17
1.1 A construção do Estado moderno e a materialização das conquistas no Estado Democrático de Direito	17
1.1.1 <i>Estado liberal de direito</i>	22
1.1.2 <i>Estado social de direito</i>	26
1.1.3 <i>Estado Democrático de Direito</i>	29
1.2 O direito penal no Estado Democrático de Direito.....	34
1.2.1 <i>O direito penal e o uso inadequado das políticas criminais</i>	36
1.2.2 <i>O poder punitivo e seus princípios limitadores</i>	41
CAPÍTULO II.....	48
2 DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR, A NECESSIDADE DE MUDANÇA PARA COMPATIBILIZAR-SE COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	48
2.1 Direito penal militar: prolegómenos.....	49
2.1.1 <i>Origem e finalidade</i>	49
2.1.2 <i>Sujeito ativo do crime militar</i>	51
2.1.2.1 Crimes militares próprios e impróprios e a importância da sua definição	54
2.2 O processo penal e a materialização do poder punitivo no Estado Democrático de Direito	56
2.2.1 <i>Sistemas processuais</i>	59
2.2.1.1 Sistema inquisitivo	61
2.2.1.2 Sistema acusatório	62

2.2.1.3 Sistema misto ou acusatório formal	64
2.2.2 <i>Princípios processuais constitucionais</i>	66
2.2.2.1 Devido processo legal.....	66
2.2.2.2 Verdade processual.....	67
2.2.2.3 Contraditório.....	68
2.2.2.4 Presunção de inocência (estado de inocência).....	69
2.2.2.5 Princípio do favor rei.....	70
2.2.2.6 Direito a não auto-incriminação	71
2.3 Teoria geral da prova.....	72
2.3.1 <i>A verdade real ou processual?</i>	72
2.3.2 <i>Sistema de apreciação de provas</i>	75
2.3.2.1 A íntima convicção ou certeza moral	75
2.3.2.2 A prova tarifada ou sistema de provas legais	76
2.3.2.3 O livre convencimento motivado: persuasão racional.....	77
CAPÍTULO III	79
3 O CRIME DE EMBRIAGUEZ MILITAR NUMA VISÃO PRINCIPIOLÓGICA E DEMOCRÁTICA DO DIREITO: UMA CONDUTA DESCRIMINALIZÁVEL QUE CONTINUA GERANDO CONTROVÉRSIAS NA SUA APURAÇÃO.....	79
3.1 Peculiaridades do delito de embriaguez militar.....	80
3.2 Caracterização do delito – os elementos do crime	84
3.3 A embriaguez enquanto crime: o problema do tipo penal genérico e a tentativa de adequação do art. 306 do CTB ao princípio da taxatividade.....	86
3.4 Ônus da prova: obrigação que acompanha a acusação desde o momento da denúncia até a prolação da sentença.....	90
3.5 Embriaguez: um conceito que não pode ser expresso em números sem autorização legislativa.....	95
3.6 A necessidade e importância das provas periciais na apuração do delito de embriaguez..	97
3.7 A possibilidade de descriminalização do art. 202 do CPM.....	104
CONCLUSÃO.....	109
REFERÊNCIAS	116
APÊNDICES	121

INTRODUÇÃO

As instituições militares têm a sua hierarquia e disciplina rigidamente resguardadas pelos regulamentos disciplinares e pelo Código Penal Militar (CPM) o qual trata especificamente dos crimes militares.

Dentre os delitos mais comuns e que mais transtornos trazem às instituições destaca-se o crime de embriaguez em serviço, previsto no art. 202 do código, o qual tem na sua comprovação o tema dessa pesquisa.

Ao contrário do que se pensa comumente, ao tratar da embriaguez em serviço por militares não se está falando pura e simplesmente em transgressão disciplinar, a qual poderia ser apurada por meio de um processo administrativo, trata-se de crime propriamente dito, punível com pena privativa de liberdade.

Muito embora a pena prevista para esse crime seja pequena (detenção de seis meses a dois anos) o que geralmente não resulta em cerceamento de liberdade, quando há concurso com outros delitos, a pena prevista mostrará seu peso motivando sanção que implique em efetivo cerceamento de liberdade. Além disso, gera alguns outros efeitos que são característicos a qualquer condenação, como é o caso da reincidência, da perda da primariedade, de impor restrições eleitorais e para a participação em concursos, entre outros.

Ao direito penal militar aplicam-se os procedimentos previstos no Código de Processo Penal Militar, o qual possui certa semelhança com o processo penal comum, admitindo todos os meios de prova, desde que não obtidas por meio ilícito ou fraudulento, seguindo os preceitos constitucionais vigentes no Estado Democrático de Direito. Mas no que tange à embriaguez, não existe procedimento previsto para sua aferição, tanto no Código Penal Militar quanto no Código de Processo Penal Militar, de modo que se verifica a ocorrência de casos em que a prisão em flagrante se dá pura e simplesmente com base na verificação feita

pelo oficial superior. Percebe-se que tanto ocorrem prisões em flagrante quanto são emitidas sentenças condenatórias, sem que exista qualquer tipo de exame pericial, quer seja clínico ou laboratorial.

A dificuldade em se tratar temas relacionados às instituições militares sempre residiu no caráter de “intocabilidade” de que estas eram revestidas. A sua legislação penal, é arcaica e remonta o período da ditadura militar. Paralelamente a isso a pouca demanda da justiça militar, quando comparada à justiça comum, faz com que as evoluções nessa área penal não se processem de maneira célere, deixando muitas vezes o direito penal militar de ganhar com as discussões e argumentos que são levados aos tribunais.

O crime de embriaguez em serviço, no Brasil, só existe no âmbito do direito penal militar. Enquanto que o servidor civil que se embriaga em serviço apenas estará sujeito a sanções administrativas, as quais têm um cunho iminente trabalhista, o militar está sujeito à sanção penal, além de poder, concomitantemente, ser punido administrativamente.

Essa criminalização segue em sentido oposto ao vivenciado na legislação penal comum, na qual se percebe inclusive que a contravenção penal do “Art. 62. Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia”, já não se aplica mais; ao passo que no direito penal militar sua aplicação em nada se alterou.

Ainda, as alterações introduzidas na legislação de trânsito contemporaneamente, especificamente com relação à apuração da embriaguez na condução de veículos automotores, acirraram as discussões com relação à verificação do estado de embriaguez alcoólica, que é forma mais comum, trazendo a tona teorias incontáveis com relação à verificação de tal condição nos condutores. De modo que surgem indagações a respeito de ser possível o militar ser punido criminalmente pela embriaguez em serviço, sem que seja necessária prova substancial do estado em que se encontrava.

Ao averiguar a forma como se dá a produção das provas no processo penal, constata-se que as provas têm momento oportuno para serem produzidas, como é o caso deste crime em que a condição que o caracteriza é transitória e, portanto decide-se por estudar a respeito, focando no problema de pesquisa “comprovação da embriaguez militar em serviço”.

Incontestável é o fato de que esta matéria é muito pouca debatida dentro do meio militar, haja vista que os próprios superiores hierárquicos, fazem às vezes de delegado ao se depararem com crimes militares sendo, portanto, os responsáveis por efetuar a prisão em

flagrante, diante de seus próprios juízos de valor.

Desta forma, se algum superior menos instruído e ainda não focado nos princípios constitucionais, imaginar que determinado militar se apresenta em estado de embriaguez é plenamente possível que efetue a prisão em flagrante, pura e simplesmente com base nas suas deduções, sem que determine a confecção de qualquer tipo de exame ou perícia que materialize o fato.

Diante disso, torna-se importante o estudo do tema, de modo que se possa questionar fundamentadamente a forma como tais procedimentos são tomados nas instituições militares sob o pretexto de manutenção da hierarquia e disciplina, no intuito de incentivar que essas heranças autoritárias do período ditatorial, sejam substituídas pelo respeito aos princípios e garantias constitucionais.

Para resguardar o autor da prisão em flagrante de se tornar incurso em crime de abuso de autoridade ao prender militar que não reste devidamente condenado pelo delito no curso do processo, bem como para evitar que ocorram injustiças com os militares supostamente infratores, garantindo direitos e aplicando corretamente a lei, torna-se importante aprofundar os estudos a respeito da forma como deverá ocorrer essa apuração.

Objetivando então, descobrir uma forma eficaz na aferição do estado ébrio e apresentar solução ao problema de pesquisa, focando na padronização dos procedimentos, para que os mais desavisados não venham a se prejudicar ao aplicar os rigores da lei, bem como não sejam os infratores prejudicados por atitudes arbitrárias, será estudado o direito penal militar e o processo penal militar a luz dos princípios constitucionais vigentes no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Partindo das teorias que circundam a matéria objeto deste trabalho, iniciar-se-á o estudo do tema, com o intuito de construir as bases teóricas para o desenvolvimento da presente pesquisa, para tal serão apreciados os estudos já confeccionados por outros autores, os quais orientarão os trabalhos.

A construção da presente pesquisa norteia-se pelo eixo temático “Cidadania e Estado”, sendo que a metodologia empregada pauta-se nas pesquisas bibliográficas, utilizando-se para tal construção exclusivamente o método dedutivo.

O trabalho divide-se em três capítulos, sendo o primeiro capítulo focado no estudo do Estado Democrático de Direito e suas peculiaridades, relacionadas especificamente ao Direito Penal e seu uso, enfatizando principalmente na ideia de que o Estado exerce função de

garantidor e que o direito penal não deve ser visto como a única ferramenta de controle social a serviço daquele.

Já, no segundo capítulo, o foco é o direito penal militar e suas peculiaridades relacionadas à atribuição de resguardo das instituições militares, seguido de estudo do Processo Penal brasileiro e suas desarmonias ante o sistema acusatório, vigente no processual penal brasileiro, além de construção a cerca dos princípios processuais e de tratativa a respeito do tema teoria geral da prova.

Por fim, o terceiro e último capítulo desenvolve o estudo do delito de embriaguez militar, apreciando as suas particularidades, principalmente no que diz respeito a sua comprovação e a importância das provas periciais, falta de taxatividade do tipo penal, sua necessidade para a manutenção da hierarquia e disciplina militares e, a possibilidade de descriminalização do mesmo. O desenvolvimento de todos estes assuntos diretamente relacionados ao tipo penal do art. 202 do CPM pauta-se pelos princípios penais e processuais penais vigentes no Estado Democrático de Direito brasileiro.

CAPÍTULO I

1 O DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Este capítulo será dedicado ao estudo do Estado, sua origem e evolução até que se alcance o Estado Democrático de Direito quando serão avaliados os seus objetivos enquanto modelo garantidor de direitos.

Na sequência, abordar-se-á o Direito Penal focando o estudo na sua função e forma de utilização por parte do Estado, além de enfatizar os princípios que servem como forma de restrição ao poder punitivo do Estado.

1.1 A construção do Estado moderno e a materialização das conquistas no Estado Democrático de Direito

Antes do surgimento da figura do Estado, enquanto ente centralizador do poder, organizador/mantenedor da ordem, da paz, do bem-estar social e, detentor da qualidade de garantidor de direitos, os seres humanos já conviviam em sociedade, não importando se em grupos, tribos ou clãs, o fato é que eles já se organizavam em sociedades. De acordo com Wolkmer (2000, p. 64) “O homem, enquanto realidade histórico-social, tende a criar e a desenvolver, no contexto de um mundo natural e de um mundo voluntário formas de vida e de organização societária”.

Essas primeiras sociedades primitivas são o alicerce para o surgimento do Estado, de modo que se faz necessário um apanhado a respeito das teorias que tratam dos motivos pelos

quais teriam os seres humanos, primitivamente, reunido-se em sociedade, para que se possa assim justificar a origem do poder estatal, bem como as limitações a que este deve estar subordinado quando operar seu poder em relação aos cidadãos.

As correntes que explicam essa intenção/necessidade/desejo do homem de reunir-se em sociedade, subordinando-se aos ditames sociais e políticos estatais são duas, a saber, a corrente contratualista e a corrente naturalista. Buscam elas esclarecer o porquê dessa opção por viver em sociedade fundamentando-se na (ir) racionalidade humana (DALLARI, 2000, p. 9).

A teoria naturalista está alicerçada na ideia de que os homens são naturalmente associativos, sendo de sua própria essência a organização em sociedade, haja vista que o ser humano é incapaz de viver isoladamente. Essa característica do ser humano seria algo natural e indissociável da sua vontade e, portanto tal organização independeria da sua razão. Daí dizer-se ser essa teoria naturalista, pois essa necessidade do homem de associar-se aos seus pares seria algo inerente ao próprio ser humano e, portanto indissociável dele, é da natureza humana (DALLARI, 2000, p. 10-12).

Em contraponto à teoria naturalista apresenta-se a teoria contratualista, que prega ser a sociedade originada de um acordo de vontade entre os homens, reconhecendo que a origem do Estado, não seria algo naturalmente pretendido. Mas sim, um fruto da razão humana, uma necessidade daqueles que primitivamente reconheceram nesse pacto de vontades, também conhecido como contrato social, uma forma de organizarem-se em busca de paz social e de segurança que não encontravam vivendo isoladamente (DALLARI, 2000, p. 12-13).

Por certo é que independente das razões que levaram os homens a se reunir em sociedade primitivamente, é dessas sociedades primitivas que serão concebidos os primeiros Estados. Aderindo-se a teoria de “[...] que a sociedade humana existiu sem o Estado durante um certo período. Depois, por motivos diversos [...] este foi constituído para atender às necessidades ou às conveniências dos grupos sociais” (DALLARI, 2000, p. 52).

Pois, conforme as relações dentro dessas sociedades primitivas passaram a aprimorar-se e ficar mais complexas, também aquele modelo primitivo de poder constituído no “chefe”, no líder ou no patriarca, já não servia mais. Passa-se então, a verificar a necessidade de organização e de constituição de um poder com capacidade de gerir as pessoas e de manter a paz social, o qual deveria ser capaz de distribuir direitos e obrigações de forma imparcial. Desse poder organizado, constituído pelas pessoas socialmente organizadas, é que irão surgir

os Estados.

A expressão “Estado” (do latim *status*: estar firme) tão utilizada contemporaneamente para denominar a organização política e social de uma nação, tem origem na vasta diversidade de modelos políticos da Itália “E o primeiro autor que introduziu o termo na linguagem científica foi MAQUIAVEL em *Il Príncipe* [...]”¹ (MIRANDA, 2007, p. 34, grifo do autor), sendo que Maquiavel, o mais destacado dos escritores renascentistas, inicia o capítulo I de seu livro dizendo: “Todos os Estados, todos os governos que tiveram e têm autoridade sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados” (MACHIAVELLI, 1997, p. 5).

Nesse viés, faz-se necessário apresentar um conceito para o Estado, o que por certo não é fácil, devido à vastidão de doutrinadores que tratam do assunto e se aventuram nessa tarefa, de modo que sendo necessário fazê-lo utilizar-se-á inicialmente o conceito de Dallari, (2000, p. 118) para quem se pode “[...] conceituar o Estado como *a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território*”. (grifo do autor).

Corroborando nessa tarefa, Wolkmer (2000, p. 76) apresenta seu conceito, afirmando que, “O Estado configura-se como uma organização de caráter político que visa não só a manutenção e coesão, mas a regulamentação da força em uma formação social determinada”.

Ainda, Maluf (1995, p. 21-22) enuncia que o Estado, considerado democraticamente, não passa de uma instituição nacional, que tem o fito de efetivar os objetivos da população. Portanto, o Estado não tem autoridade nem finalidade próprias, tratando-se do resultado dos ideais da comunhão que ele representa, destarte, conceitua-o dizendo simplesmente que “*O Estado é o órgão executor da soberania nacional*”.

São exemplos das primeiras formas de Estados socialmente organizados, muito embora com traços muito distintos dos do Estado moderno, as civilizações da antiguidade, situadas no Oriente ou no Mediterrâneo onde vigorava um Estado eminentemente Teocrático; a Grécia que se caracterizava pela existência das pólis – Cidades-Estado e; Roma onde o Estado primitivo também se conformava em Cidade-Estado (DALLARI, 2000, p. 60-65).

Posteriormente a queda de Roma verifica-se em termos históricos o surgimento do feudalismo, momento em que cada feudo constituía uma espécie de pequeno Estado concentrando o poder do ente nas mãos dos senhorios feudais. Verifica-se “[...] que, no Estado medieval, a ordem era sempre bastante precária, pela improvisação das chefias, pelo

¹ Obra escrita no ano de 1513, por Nicoló Machiavelli.

abandono ou pela transformação de padrões tradicionais, [...] pela constante situação de guerra, e, inevitavelmente, pela própria indefinição das fronteiras políticas” (DALLARI, 2000, p. 68-69).

Toda essa situação de incerteza, reinante dentro dos feudos, faz com que se clame por um poder capaz de chamar para si o dever de organizar política, econômica e socialmente o Estado Medieval, esse poder será concentrado nas mãos de um monarca e manifestar-se-á por meio do absolutismo. Assim, “o Estado Moderno nasceu absolutista e durante alguns séculos os defeitos e virtudes do monarca absoluto foram confundidos com as qualidades do Estado” (DALLARI, 2000, p. 275).

Portanto, é com o fim da idade média e a extinção do feudalismo que se verifica a concepção dos Estados modernos nos moldes como são conhecidos na atualidade, ou seja, alicerçados na ideia de soberania. Pois, é cediço que não existe Estado que não seja soberano, considerando-se que “[...] A moderna ideia de Estado tem seu expoente na ideia de soberania [...]” (MIRANDA, 2007, p. 37). E que, portanto, no dizeres de Maluf (1995, p. 29), “[...] não há Estado perfeito sem soberania”.

Ainda, conforme a teoria difundida por Jellinek, ao tratar da conformação do Estado, para que seja constituído o ente estatal, são necessários três elementos, quais sejam: população, território e governo, sendo que se pode descrever o Estado “[...] como um fenómeno [sic] histórico que consiste em um povo exercer em determinado território o poder próprio, o poder político” (MIRANDA, 2007, p. 173).

Deste modo, é a postura que os monarcas assumem, ao controlar seus territórios impondo seu poder às outras nações, que imprime a característica essencial para o surgimento dos primeiros Estados, qual seja a Soberania nacional. Pois os demais elementos, ditos materiais, a população e o território², já se encontravam presentes nas formas mais antigas de Estado, muito embora não tivessem conotação de elementos essenciais para o Estado, encontrando-se ausente apenas o elemento soberania, que se trata de um requisito formal.

Esse poder absoluto que revestia os monarcas era difundido à população como sendo

² Dallari (2000, p. 71-72), menciona a divergência doutrinária quanto aos elementos essenciais e indispensáveis para a existência do Estado, reconhecendo que alguns doutrinadores divisam a necessidade da territorialidade e da soberania. Enquanto que a maioria da doutrina se filia a necessidade de três elementos quais sejam o território e o povo e a soberania – associada à existência de poder, muitas vezes tratada com a nomenclatura de governo ou de autoridade. Menciona ainda doutrinadores que reconhecem a necessidade de quatro até cinco elementos essenciais para a constituição do Estado. Resta claro no texto a opção pela doutrina majoritária, tendo sido adotado como nomenclatura mais adequada ao requisito de caráter formal o termo “soberania”.

de origem divina, como se o rei recebesse de Deus por meio de uma dádiva o poder de que era investido, autorizando-o com isso a exercer poder sobre tudo que estivesse sobre seu domínio. A teoria do direito divino foi uma maneira fácil de fundamentar a origem do poder despótico dos soberanos durante o absolutismo, de maneira que não era ele questionado pela população justamente por ser tido como advindo de Deus e entregue diretamente ao soberano. Nesse sentido Streck (2006, p. 45) afirma que:

A base de sustentação do poder monárquico absolutista estava alicerçada de que o poder dos reis tinha origem divina. O rei seria o “representante” de deus na Terra, o que lhe permitia desvincular-se de qualquer vínculo limitativo de sua autoridade. Dizia Bodin, um de seus doutrinadores, que a soberania do monarca era perpétua, originária e irresponsável em face de qualquer outro poder terreno.

Durante a vigência das monarquias absolutistas, verificou-se o surgimento da classe burguesa, que muito embora detivesse poder econômico, pois viviam de comércio, não detinham poder político, nem status social, vivendo à margem da classe aristocrática, única considerada apta a exercer poder político.

Ademais, o Estado absolutista era extremamente intervencionista, despótico e estamental, o que por certo desagradava à burguesia que não conseguia ascender socialmente, sendo ainda obrigada a pagar altos impostos, os quais eram responsáveis por manter a nobreza e o clero, além de não poderem contratar livremente e dispor da propriedade como bem entendessem (DALLARI, 2000, p. 275).

Consoante a isso, some-se a inquietação do povo, que sob a influência dos movimentos humanista e iluminista de origem jusnaturalista³, fomentados pelo capital da burguesia, começa a atentar-se para o fato de que também eles, que viviam à margem do poder político e econômico, são detentores de direitos naturais.

Com essa difusão de ideais, passa então a existência do Estado a ser tida para e em função dos cidadãos e não mais a dos cidadãos para e em função da Existência do Estado. Além do que se compreende que o poder do Estado já não mais é advindo da divindade – teocrático – e sim lhe é conferido pela submissão dos homens, portanto de origem antropocêntrica e, agindo nesses interesses passa-se, então a pregar a existência de um Estado mínimo e mais liberal, que se comprometesse em seguir a lei – ideal esse que dará origem a primeira noção de Estado de Direito. Portanto, é desta forma que surge,

³ O Jusnaturalismo é uma corrente jurídico-filosófica que reivindica a existência de uma lei natural, eterna e imutável, distinta do sistema normativo fixado por um poder institucionalizado (direito positivo), engloba as mais amplas manifestações do idealismo que se traduzem na crença de um preceito superior advindo da vontade divina, da ordem natural das coisas, do instinto social, ou mesmo da consciência e da razão do homem (WOLKMER, 2000, p. 154).

O Estado liberal, marcando o advento dos tempos modernos [...]. Era a realização plena do conceito de direito natural, do humanismo, do igualitarismo político [...] segundo a fórmula conclusiva de que **‘os homens nascem livres e iguais em direitos; a única forma de poder que se reveste de legitimidade é a que for estabelecida e reconhecida pela vontade dos cidadãos’**. (MALUF, 1995, p. 129, grifo nosso).

Destarte, reconhece-se que o passo inicial para o surgimento do Estado moderno, foi a consolidação dos regimes absolutistas, mas que pelas suas características eminentemente autoritárias e coercitivas não pode prosperar. De modo que em sucessão a esse primeiro modelo de Estado moderno irão surgir outras três fases consecutivas, com características bem distintas, e que se desenvolvem ao longo da história dos Estados e do próprio direito.

Segundo Copetti (2000, p. 51) a efetivação do Estado Democrático de Direito, tem início com a instalação do Estado Liberal de Direito, que é seguido pelo Estado Social de Direito, até que após a segunda guerra mundial surja o modelo de Estado que a nossa Constituição prevê em seu art. 1^o⁴.

Dessa forma para que possamos entender melhor as características e desígnios do modelo de Estado Democrático de Direito passaremos, na sequência, ao Estudo desses modelos de Estado.

1.1.1 Estado liberal de direito

A grande influência dos pensadores contratualistas e a ampla divulgação de suas teorias liberais, associadas à efervescência de movimentos de cunho revolucionários e antiabsolutistas, fazem com que a população, que se encontrava demasiadamente oprimida e marginalizada, passe a adquirir consciência de que também é detentora de direitos, os quais lhe são natos, não competindo ao Estado subjugar-los.

Diante dessa conscientização é que se inicia a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal, também dito Constitucional ou de Direito. É sob a influência do movimento liberal que muitas das características verificadas na origem do Estado Moderno são derogadas e aperfeiçoadas.

⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Portanto, como já não mais se concebe o modelo de Estado Absolutista, só restava ao Estado readequar-se ao modelo liberal e, portanto pontuam-se algumas das alterações mais significativas, quais sejam:

Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela coletividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súbditos [sic], cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. (MIRANDA, 2007, p. 45).

É nesse momento histórico, enquanto fruto das teorias jusnaturalistas e dos ideais liberais, associados à constitucionalização dos Estados, que se verifica o surgimento dos chamados *direitos de primeira dimensão*⁵ – direitos individuais que decorrem da própria condição do ser humano, e implicam numa obrigação negativa do Estado, servindo, portanto de fundamento para a instalação do Estado Liberal. Citam-se os direitos à vida, liberdade, propriedade privada, privacidade, segurança, não discriminação entre outros.

Para Bonavides (2008, p. 563), os direitos de primeira dimensão:

[...] são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem de instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, [...] têm, por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é o seu traço mais marcante; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Daí afirmar-se que esta primeira categoria de direitos, é oriunda das lutas da classe burguesa, que pretendia ver-se livre da opressão proporcionada pelo Estado Absoluto, almejando a instalação de uma economia capitalista, sendo esta, mesmo que implicitamente, a maior ambição da burguesia, ou seja, o surgimento de um “[...] Estado formalmente abstencionista, que deixa livre as forças econômicas, adotando uma posição de (mero) policial da sociedade civil, **que se considera a mais beneficiada para o desenvolvimento do capitalismo na sua fase inicial [...]**” (STRECK, 2007, p. 38 grifo nosso).

O abstencionismo estatal constituiu-se basicamente no princípio da intervenção mínima estatal na vida social, e foi o pilar mestre sobre o qual foi erguido o Estado Liberal, de modo que a sua atuação deveria restringir-se a manutenção da ordem social e à proteção contra ameaças externas, não intervindo nas relações contratuais e econômicas, permitindo assim a implantação do capitalismo. O objetivo era que o Estado fosse o mais fraco possível

⁵ Opta-se por tratar a evolução histórica dos direitos referindo-se ao termo “dimensão” em substituição à expressão tradicional “geração”, pois de acordo com a doutrina moderna a expressão “geração” implica em ideia de que uma geração substituiu a outra, o que não parece ser verdade, pois ocorre um acúmulo dos direitos conforme vão sendo adquiridos. E, portanto a cada nova dimensão outros direitos vão sendo associados cumulativamente aos já existentes e não substituindo-os como dá a entender o termo geração.

e, de forma a corroborar com esse objetivo é que se implantou no liberalismo as teses do constitucionalismo e da separação de poderes, os quais resultam no enfraquecimento do Estado (DALLARI, 2000, p. 277).

Destaque-se nesse período, alguns benefícios trazidos pelo modelo liberal, quais sejam, um grande desenvolvimento econômico e industrial, valorização dos direitos naturais – liberdade humana – noções de submissão do poder estatal à legalidade. Por outro lado menciona-se que o Estado Liberal, por meio de sua principal ideologia, criou condições para sua própria superação, ao permitir que o poder econômico da burguesia ditasse as normas livremente, concomitantemente ao *individualismo* que impedia a proteção estatal aos menos afortunados (DALLARI, 2000, p. 277).

O individualismo pregado pela teoria liberal não permitia ao Estado oferecer proteção econômica aos menos favorecidos. Por este princípio liberal, ao Estado cumpria simplesmente zelar pela manutenção da Ordem e da paz pública e, pela implementação dos direitos naturais, ou seja, a liberdade, a propriedade, a dignidade e a vida. Assim, as relações econômicas entre particulares seriam desenvolvidas e reguladas naturalmente sem interferência estatal, baseadas nos princípios da livre economia de mercado.

Nesse sentido, Wolkmer (2000, p. 117) afirma que “[...] o Liberalismo torna-se a expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade total, que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso, etc.”.

Ainda dando azo ao ideal do Estado mínimo aliado a intenção de garantir que o Estado respeitasse os direitos naturais dos cidadãos, previam as teorias liberais a necessidade de um documento que materializasse tais garantias, o qual serviria também como organizador da teoria da tripartição dos poderes do Estado. Esse documento que em tese estabeleceria no Estado uma condição de direito é a Constituição.

Nesse viés, muito embora o berço do liberalismo seja a Inglaterra, nessa nova condição de Estados constitucionalizados, são precursores pela valorosa contribuição de seus textos os Estados Unidos da América com a Declaração de Direitos de Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a França com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Constituições essas que tratavam de por seguros os direitos à vida, liberdade, igualdade, propriedade dentre tantos outros, contrapondo-se de forma extrema à política

praticada pelos regimes absolutistas. Tais direitos viriam a ser mais tarde incluídos em todos os textos constitucionais dos Estados liberais e resultariam em tratamentos mais paritários para o povo com liberdades e garantias sociais e de participação na vida política e econômica.

A realidade é que não havia previsão das consequências que a revolução industrial desencadeada durante o Estado Liberal traria, ocasionando concentração de renda nas mãos de poucos e sujeitando a grande maioria da população aos seus interesses econômicos.

O acúmulo de pessoas nas cidades em busca de trabalho nas indústrias acarretava em excesso de mão-de-obra, de modo que não havia como pleitear melhores salários e condições de trabalho, alie-se a isso abstenção estatal na defesa dos trabalhadores. O resultado era que não apenas os homens, mas também mulheres e crianças eram submetidas à carga horárias excessivas com remuneração ínfima e em condições de trabalho precárias.

A verdade é que tanto na teoria quanto na prática o Estado Liberal procurava dar tratamento “igual” aos “desiguais”, esquecendo-se de que os “desiguais” precisam ser tratados de maneira diferente.

Nessa condição as injustiças sociais conclamam o povo a se mobilizar, e dessa vez focados nos ideais do socialismo, de modo que o Estado Liberal e não intervencionista vê-se obrigado a reformar-se. “O Estado de Direito deixou, assim, de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, com a pretensão de realização da justiça social” (COPETTI, 2000, p. 55).

É justamente da falta de intervenção, tão apregoada pelo movimento liberal que irá verificar-se a extinção desse modelo de Estado. Posto que foram as injustiças sociais com os operários que buscavam trabalho nas indústrias, e que deram origem ao surgimento da classe proletariada – não uma classe de trabalhadores dignificados, mas de trabalhadores explorados – que estimularam os movimentos socialistas e, por consequência, a necessidade de um Estado mais ativo e intervencionista. Eis que começa a ser delineado por meio das políticas de cunho socialistas um Estado Social de Direito (DALLARI, 2000, p. 278).

Nesse sentido, Wolkmer (2000, p. 125) afirma que o socialismo se constituiu numa teoria cujos ideais, objetivavam resolver os problemas sociais, principalmente aqueles advindos da Revolução industrial. De Maluf (1995, p. 136) colhe-se que “a primeira reação antiliberal organizada foi o socialismo”. Restando evidenciada a contribuição desta doutrina na mudança do paradigma liberal para o social.

1.1.2 Estado social de direito

A associação que se faz entre o Estado Liberal e o Estado de Direito, é oriunda das origens ideológicas liberais, visto que o liberalismo pleiteava a subordinação dos Estados à lei. Dessa forma o Estado de direito foi teoria nascida e implantada com o Estado Liberal.

Enquanto que o Estado Liberal foi substituído pelo Estado Social, a ideia de Estado de Direito permaneceu, resultando que também o novo modelo de Estado deve agir dentro da legalidade – ideia pregada pelo liberalismo – além de atuar positivamente em prol da concretização do bem estar social. De modo que também o Estado social deve constituir-se em Estado de Direito.

No ensinamento de Wolkmer (2000, p. 117), inicialmente, a teoria liberal encampada pela burguesia capitalista, apresentou-se como meio revolucionário e progressista – apoiado nos ideais de liberdade igualdade e fraternidade – mostrando-se apto a derrubar o regime absolutista conseguiu o apoio dos camponeses e das classes menos favorecidas que contavam seriam beneficiados pela mudança de regime. Entretanto, quando a burguesia, já consolidada política e economicamente no poder, começa a promover a evolução do capitalismo para a industrialização, inicia-se uma fase em que somente são aplicados os princípios liberais que lhes interessam “[...] denegando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo”.

Diante das características do Estado absolutista, que sufocava a liberdade individual, negando o direito à propriedade privada, cerceando o exercício e o desenvolvimento das atividades econômicas, mantendo em condição de privilégio a nobreza, os ideais individualistas e abstencionista proclamadas pelo modelo de Estado Liberal pareciam ser a melhor saída para a reestruturação do Estado. Entretanto, mostraram-se ineficientes para resolver os problemas sociais advindos de um processo de industrialização resultante dos ideais de cunho capitalista que revestiam esse modelo. Serviu o modelo liberal, de certa forma exclusivamente aos interesses da burguesia que o havia idealizado (DALLARI, 2000, p. 300).

Num contexto, em que a grande parcela da população, não passava de mão de obra para o desenvolvimento do capitalismo introduzido pelo modelo liberal, já não era mais concebível a existência de um Estado que assistisse a tudo sem manifestar-se. Exige-se agora que seja o Estado amplamente ativo na promoção do bem Estar da população. Então,

Instigados faticamente pela contradição entre a liberdade do liberalismo e a escravidão social em que viviam, e teoricamente nas doutrinas socialistas utópica e científica, de Saint Simon e Marx, a massa proletária ao arrebatado o sufrágio universal, não se contentando apenas com a concessão formal desse direito, mas utilizando-o em seu próprio benefício, deu início ao processo de instituição do Estado Social. Cede assim o Estado liberal-burguês às exigências dos trabalhadores. Entrega os anéis para não perder os dedos, vendo-se forçada a conferir, constitucionalmente, direitos do trabalho, da previdência, da educação, a ditar o salário, a manipular a moeda, a intervir na economia, como distribuidor, a comprar a produção, regular preços, combater o desemprego, proteger o trabalhador, controlar profissões, enfim, passa a intervir na dinâmica socioeconômica da sociedade civil. (COPETTI, 2000, p. 54).

Com o capitalismo já enraizado, já não se admitia mais um Estado imparcial, fazendo-se necessário a sua presença no sentido de atuar e garantir direitos à parcela da sociedade menos favorecida. É então que se verifica o Estado “[...] passando não somente a intervir nas relações econômicas da sociedade civil, como também se converte em fator decisivo nas fases de produção e distribuição de bens [...]” (STRECK, 2007, p. 38).

Assim, é dessa necessidade de proteção estatal às classes menos favorecidas, que se verifica o surgimento dos *direitos de segunda dimensão* – situados na esfera do ser implicam numa atuação positiva do Estado. Representam maior presença estatal de modo a coibir abusos e a limitar o poder econômico, objetivando a justiça social e a igualdade, são exemplos o direito ao trabalho, sindicalização, segurança, saúde, educação, moradia.

Vislumbra-se então uma mudança na concepção de cidadania, que deixa a esfera civil e política para atingir a esfera social por meio de um instrumento que é a ordem jurídica, a qual materializa a distribuição e satisfação de direitos humanos sociais, igualitários, destinados a organizar a sociedade e promover justiça social (COPETTI, 2000, p. 55).

“Esta classe de direitos reflete de forma profunda na Constituição brasileira de 1934” (MALUF, 1995, p. 132), marcada pela criação da justiça do trabalho e de legislação trabalhista que previa jornada de oito horas, férias remuneradas e repouso semanal. Entretanto, não tinha essa Constituição o intuito real de promover a transformação do modelo de Estado liberal para o modelo Social muito embora já delineie alguns traços deste modelo.

Quanto à forma como se deu a substituição do modelo liberal pelo modelo social, verificou-se que os Estados liberais com governos menos estruturados e influentes, e logicamente com maiores problemas sociais e, que não procuraram intervir na economia, na organização do trabalho e das relações de consumo sofreram transformações de forma mais violenta, por meios revolucionários, resultando via de regra em Estados totalitaristas, a exemplo dos mais conhecidos, União da República Socialista Soviética, Alemanha e Itália. Tem-se então,

O socialismo comunista, de um lado, o fascismo e o nazismo, de outro lado, foram as mais destacadas tentativas de reestruturação básica do Estado moderno. O comunismo russo surgiu como uma solução extremista, diametralmente oposta ao liberalismo, enquanto o fascismo e o nazismo foram movimentos de dupla reação contra a decadência liberal e contra os excessos do monismo estatal russo. (MALUF, 1995, p. 132).

Por outro lado, houveram Estados nos quais a transição do Estado liberal para o Estado social ocorreu de maneira pacífica, transição essa que resultou em profundas alterações constitucionais ou mesmo em novas constituições.

Segundo Wolkmer (2000, p. 146), no Brasil a transição do Estado Liberal para o Estado Social, sofreu a interferência do Fascismo corporativista italiano, mais conhecido como totalitarismo de direita. Fato que teria influído de forma direta na origem do Estado Novo em 30 de setembro de 1937, quando Getúlio Vargas, então presidente, auxiliado pelas forças armadas, da um golpe de Estado, outorgando em 10 de novembro de 1937 Constituição com os seguintes fundamentos:

[...] fortalecimento do Executivo; competência para expedir decretos-leis; eliminação das lutas internas e dos dissídios partidários; orientação e coordenação da economia nacional pelo Estado; limitação dos direitos individuais pelo bem público; proteção efetiva ao trabalho; nacionalização de certas atividades e fontes de riquezas. (MALUF, 1995, p. 154).

Muito embora, vislumbre-se na iminência do golpe de 1937 o temor de implantação do comunismo no Brasil, percebe-se que muitas das medidas tinham realmente um cunho Antiliberal, contrapondo-se à forma como o Estado brasileiro vinha se portando omissivamente no planejamento e implantação de políticas sociais e econômicas mais justas.

Desta forma, Wolkmer (2000, p. 147) afirma que enquanto o pensamento autoritário europeu, manifestamente tende a resguardar os interesses da classe burguesa capitalista frente ao crescente aumento de movimentos sociais, no Brasil essa ideologia é focada no surgimento de novas forças sociais e políticas, reorganizando o Estado e modernizando a sociedade. Deste modo, o autoritarismo serviu para implantação do modelo social, ao ser marcado pelo intervencionismo social, político e econômico, pelo fim do formalismo político-jurídico e dos ideais liberais individualistas de natureza capitalista.

Por outro lado, convém mencionar, esse mesmo golpe implantou medidas que em nada favoreciam a população, a exemplo da Justiça de Exceção, aplicada aos autores de crimes políticos e a censura à imprensa, que são a maior lembrança deixada por esse regime ditatorial. De modo que muitas vezes ficam relegadas as contribuições trazidas por esse período marcadamente autoritário para a transição do modelo de Estado Liberal para Estado Social de direito no Brasil.

1.1.3 Estado Democrático de Direito

Se no modelo liberal o Estado era despreocupado com o fim social e não intervencionista, no modelo social o Estado se constituiu em Estados fortes, intervencionistas, com governos totalitários, ditatoriais e extremistas, o que também não agradava a população, que pretendia manter a sua liberdade e não vê-la cerceada.

Isso decorre do fato de que no Estado Liberal valorizava-se por demais os direitos de primeira dimensão, direitos da liberdade, enquanto que no Estado Social, em busca do cumprimento aos direitos de segunda dimensão, fortaleceu-se o Estado em demasia chegando aos autoritarismos.

Desta forma aconteceu no Brasil, quando por meio de um golpe de Estado instalou-se a ditadura em 1937, que perduraria até 29 de Outubro de 1945 quando, ao averiguar que Getúlio não vinha cumprindo o disposto na Constituição que ele mesmo outorgara, deixando de promover a organização do legislativo e o plebiscito que deveria ratificar a carta outorgada, foi ele deposto pelas Forças Armadas. Convocou-se então uma Assembléia Constituinte que promulgou a Constituição de 1946, constitucionalizando democraticamente o país ao tratar com grande propriedade e “[...] respeito aos direitos e liberdades públicas, de prosperidade social e econômica” (MALUF, 1995, p. 365).

Tratando da relação entre o homem e o Estado, Maluf (1995, p. 313-314) diz que a conexão *Indivíduo – Estado*, pode ser traduzida no binômio *Liberdade – Autoridade*, pois tratam-se de termos inseparáveis. Citando Gropalli, Maluf afirma que “[...] se o indivíduo só pode viver em sociedade e pela sociedade, a sociedade, por sua vez, não pode viver senão da vida e pela vida dos indivíduos que a compõem, e com a tutela dos interesses deste se funde à tutela dos interesses daquela [...]”. Continuando sua construção, reconhece que na equação desse problema, há que se achar um meio termo, pois caso prime-se por demais a liberdade, chega-se ao Estado fraco e ausente do modelo liberal e; caso seja o Estado extremamente fortalecido chega-se aos Estados totalitários que predominaram no modelo de Estado social.

Assim, desponta no período pós Segunda Guerra Mundial um novo modelo de Estado de Direito em substituição aos modelos liberal e social, é o Estado Democrático de Direito que surge como uma forma de proporcionar este equilíbrio entre *Estado e indivíduo, liberdade e autoridade, liberalismo e autoritarismo, capitalismo e socialismo*.

Afirma Dallari (2000, p. 300-307), que o “Estado Democrático é o ideal político de toda a humanidade [...]” de modo que até os modelos autoritários buscam se identificar com ele. Reconhece ainda que tanto o modelo de Estado liberal quanto o social se pautaram sobre os ideais democráticos, mas que nenhum deles correspondeu aos interesses da população, gerando uma crise do Estado democrático, que levou inclusive doutrinadores a considerar a democracia uma utopia, posição não corroborada pelo autor. Afirma ser o Estado Democrático um ideal possível de ser alcançado, por quanto sejam adequadamente traçados e atingidos valores Estatais quais sejam, a flexibilização do Estado com o intuito de assegurar a soberania da vontade popular, preservando-se a igualdade de oportunidades conjugada com uma liberdade de qualidade.

No tocante ao Estado democrático de Direito, Streck (2006, p. 98) elenca os seguintes princípios como sendo essenciais à conformação do Estado Democrático de Direito: constitucionalidade, organização democrática da sociedade, sistema de direitos fundamentais, justiça social, igualdade, divisão de poderes, legalidade, segurança e certeza jurídicas.

Simultaneamente ao surgimento do Estado Democrático de Direito, verificou-se o nascimento e a incorporação às constituições dos chamados direitos de *terceira dimensão* – os direitos coletivos ou de fraternidade e solidariedade, que implicam em respeito do Estado aos direitos transindividuais, além dos direitos individuais e sociais. Materializam-se eles na proteção Estatal a bens ameaçados pelo desenvolvimento industrial e tecnológico, como o meio ambiente, a liberdade dos povos, a qualidade de vida, a paz mundial entre outros, sendo facilmente constatados na Constituição Federal de 1988.

Na concepção de Copetti (2000, p. 56), nesta última fase do Estado moderno, o Estado Democrático de Direito, emergem com grande força os direitos pós-materiais a que trata também como direitos humanos de terceira geração. Esta classe de direitos exigiria maior atuação do Estado por meio do Poder Judiciário e do Ministério Público de modo a conceber maior efetividade a sua aplicação. Pois os direitos de primeira geração teriam exigido atuação do poder legislativo e os de segunda geração atuação do poder executivo.

Segundo Streck (2007, p. 39) o Estado Democrático de Direito está “[...] indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais”. Decorrente de que ele é uma evolução dos Estados liberal e social, portanto não pode deixar de exercer e garantir os direitos de liberdade, igualdade e justiça social, devendo visualizar e satisfazer os interesses de uma sociedade que embora possua raízes eminentemente capitalistas, busca de maneira

veemente lutar por ideais já assegurados pela primeira e segunda dimensão de direitos.

É nesse sentido, enquanto fruto de um movimento capitalista promovido pela burguesia, que o Estado Democrático tem por função programar o disposto em seus textos constitucionais, focando na democratização social e propiciando a concretização dos direitos e garantias assegurados no texto de sua constituição.

No intuito de clarear as especificidades do Estado Democrático de Direito faz-se necessário apresentar esclarecimentos a respeito do termo Democracia levando conseqüentemente ao entendimento a cerca do Estado Democrático, bem como ao esclarecimento a respeito do fato de que o Estado Democrático de Direito nada mais é que a soma de dois outros modelos, o Estado Democrático e o de Direito. Mas, que muito mais do que simplesmente estar comprometido com a democracia e com a sua submissão ao direito, busca dar efetividade aos princípios, direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição e, sendo assim, ultrapassa a soma desses dois conceitos.

Tem-se então, que “democracia” é expressão oriunda da junção das palavras de origem grega “*demos*” que significa “povo”, e “*kratos*” que significa “autoridade”, importando no fato de que a autoridade constituída ao Estado é do povo, nas palavras de Maluf (1995, p. 276) “[...] democracia (governo da maioria) [...]”, reafirmando o dito no Parágrafo Único do art. 1º da CF “Todo o poder emana do povo”.

De maneira simplista democracia resume a forma de organização política do Estado que ao mesmo tempo representa a vontade da população, sujeitando os governantes e garantindo à população a vivência em um Estado de Direito. Note-se que a democracia está diretamente associada ao conceito de Estado de Direito, tanto que para clarear aquela expressão faz-se necessário mencionar esta, pois não se pode falar em democracia sem que o Estado esteja submetido ao direito.

No Brasil vigora como regra a democracia representativa indireta, o Poder Político do povo é exercido pelos representantes políticos eleitos, diferentemente do que se verificou nas repúblicas gregas e romanas onde o povo governava de forma direta, ao participar das assembleias em praça pública.

O Estado de direito nasce de uma concepção de hierarquia das normas jurídicas, em que o poder do ente deve ficar subordinado ao direito. Ou seja, o Estado de Direito é aquele que admite não apenas a submissão própria ao direito (respeitando princípios jurídicos, hierarquia das leis e separação dos poderes) bem como garante ao cidadão o amplo acesso ao

direito.

Para Streck (2006, p. 92) “A idéia de Estado de Direito carrega em si a prescrição da supremacia da lei sobre a autoridade pública”. Para tanto, faz-se necessária, uma clara distinção do Estado de polícia onde o direito não serve como forma de contenção estatal e sim como forma de legitimação do poder do Estado.

Tão logo, o Estado Democrático de direito somente será concretamente efetivado se atendido claramente o requisito do submetimento de todos à lei, qualquer que seja o cidadão sem importar seu status social, e principalmente a submissão do Estado cujo formato absolutista foi a origem do modelo liberal (COPETTI, 2000, p. 60).

Como resultado da forma de organização da sociedade, o Estado é constituído de uma finalidade, que se desprende de interesses particulares do ente representativo e deve seguir a intenção da sociedade civil que o organizou e é por ele representada. Colhe-se da lição de Maluf (1995, p. 309) que “O Estado é *meio* pelo qual a nação procura atingir seus fins. Não pode, pois, possuir fins outros que não sejam os da nação, que lhe dá causa, que determina a sua organização e que traça as diretrizes de sua atividade”. Tanto é que,

Para que um Estado seja classificado como democrático não importa indagar de sua filiação entre as doutrinas econômicas, pelo menos enquanto estas não assumam o caráter político-econômico que lhes deu o totalitarismo do século XX. É bastante que o Estado mantenha os princípios fundamentais [...] Para a solução dos problemas sociais e econômicos não há um caminho fixo, com direção imutável. A democracia não pode ser estática; deve ser dinâmica, para que possa acompanhar a evolução do mundo e fazer face às novas realidades que repontam a cada passo no cosmorama da sociedade. (MALUF, 1995, p. 279).

Conforme Streck (2006, p. 97), se nos Estados Liberal e Social não se percebia ações concretas, ficando elas restritas aos comandos normativos, no Estado Democrático de Direito se intenta, “[...] conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma oposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social [...]”. Para alcançá-lo devem ser rebuscados os ideais das formas de Estado antecessoras ao democrático, mas com uma intenção específica de mudança no *status quo* social, almejando maior igualdade, por meio de intervenção direta no meio social.

Assim, o Estado Democrático de direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculando ao *welfare state* neocapitalista _ impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado democrático é *plus* normativo em relação às formulações anteriores. (STRECK, 2006, p. 99, grifo do autor).

Neste sentido é o entendimento de Copetti (2000, p. 58) que reconhece no Estado

Democrático de Direito um compromisso básico que é harmonizar os interesses: do poder público – representado pelo Estado; do particular – representado pelos indivíduos e; da coletividade na qual figuram os interesses dos cidadãos enquanto grupo. Deste modo o Estado Democrático de Direito, não se trataria de uma simples junção dos conceitos de Estado Democrático e de Direito, mas tratar-se-ia de um novo conceito que transcende o objetivo daqueles por ter um escopo muito maior que é a transformação da sociedade.

A positivação dos direitos, princípios e garantias fundamentais promovida pelas constituições modernas, implicaram na função do Estado de garantir proteção aos seus cidadãos, resguardando-lhes direitos mínimos enquanto seres humanos. Não basta permitir-lhes ser livres e poderem sobreviver, muito mais do que isso o Estado tem o dever de lhes dar suporte para que vivam com dignidade e exercitem seus direitos com o mínimo de limitações necessárias. E para esse desiderato, “[...] *no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado*, [...] O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. [...]” (STRECK, 2007, p. 33, grifo do autor).

Não obstante, reconheça STRECK (2007, p. 33) que “[...] sob a ótica do Estado Democrático de Direito - em que o Estado deve ser visto como instrumento de transformação social - ocorre uma desfuncionalidade do direito e das instituições encarregadas de aplicar a lei [...]”, destarte, prega que deveriam ser concentradas no judiciário a realização dos direitos e garantias fundamentais, funcionando este como garantidor dos direitos sociais e individuais já alcançados e assegurando que o legislativo e o executivo não irão se exceder nas suas atribuições. Portanto, competindo ao poder judiciário função de essencial importância na consecução do Estado Democrático de Direito.

Assim, deve o julgante considerar que, “Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada” (BONAVIDES, 2008, p. 283). Existindo princípios constitucionais de caráter jurídico penal que pelo seu significado histórico, sua função social e importância jurídica, refletem o caráter programático da Constituição e são “[...] a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um estado democrático de direito” (BATISTA, 2005, p. 61-62).

Ou seja, é ao judiciário que incumbirá a análise da legalidade dos atos praticados pelos poderes executivo e legislativo, frente aos princípios vigentes no Estado Democrático de

Direito. Caberá ao judiciário sopesar e averiguar se há compatibilidade entre as regras por aqueles produzidas e os princípios que regem a sociedade e, se for o caso invalidar as regras que contrariem os princípios; ou mesmo, dar efetividade aos princípios frente à ausência de regra que lhes regulamente. De tal sorte que tanto poderá o judiciário estar cerceando os intervencionismos estatais ou suprindo as suas ausências ao dar efetividade às lacunas pelo Estado deixadas, de modo a efetivar os ideais democráticos.

1.2 O direito penal no Estado Democrático de Direito

Na concepção de Pinto (2005, p. 12), “Não é possível, separar em qualquer momento histórico que se procure focar, a modificação da sociedade e a evolução do direito”. Portanto, tem-se que Estado e direito sempre andaram juntos, tendo surgido e evoluído conjuntamente. Destarte, entende Wolkmer (2000, p. 151) que “O direito é a projeção normativa que instrumentaliza os princípios ideológicos (certeza, segurança, completude) e as formas de controle do poder de um determinado grupo social”.

Nesse sentido, Maluf (1995, p. 1) associa Estado e direito como sendo indivisíveis, reconhecendo que “O *Estado* é uma organização destinada a manter, pela aplicação do direito, as condições universais de ordem social. E o *direito* é o conjunto das condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre resguardar” (grifo do autor).

Percebe-se aqui uma dupla face do Direito, a primeira enquanto meio de afirmação da existência de segurança jurídica e da garantia de respeito aos direitos naturais e inerentes aos seres humanos e; a segunda enquanto forma concebida ao Estado para uso na manutenção coercitiva da ordem social.

Assim, muito embora a convivência em sociedade traga inúmeros benefícios aos cidadãos é pacífico que facilita o aparecimento de restrições, às vezes tão graves e numerosas que resultam em redução da própria liberdade humana. Resultando num questionamento a respeito dos motivos que levariam os homens a insistir continuar vivendo em sociedade, momento em que se retorna àquelas duas teorias mencionadas no início deste capítulo (DALLARI, 2000, p. 9).

Adotando-se a teoria contratualista, conclui-se que ao escolher a vida em sociedade, portanto, os cidadãos precisaram abrir mão de parte de seus direitos em favor desse poder constituído, o Estado, o qual, por consequência, deverá garantir-lhes respeito aos direitos não

abdicados, essa cessão de direitos é que autoriza e constitui o poder punitivo do Estado. Sendo assim, “O *jus puniendi* é, pois, fruto do Contrato Social, uma avença da qual todos fazemos parte, mesmo que inconscientemente, a qual legitima, pretensamente o poder de punir” (NEVES, 2008, p. 23).

Conforme Carvalho (2010, p. 14) consiste ele na materialização concreta da outorga dos cidadãos para a intervenção social. “O *jus puniendi* pertence, pois, ao Estado, como uma das expressões mais características da sua soberania, com o intuito de garantir a manutenção e a preservação da vida em sociedade”.

Destarte, o poder punitivo pode ser conceituado como “[...] o poder do Estado de cominar, impor e executar a sanção penal”, (BIANCHINI, 2009, p. 70) o qual pertence única e exclusivamente ao Estado, detentor da qualidade de harmonizador, regulador e mantenedor da ordem social. Detendo o Estado esse poder outorgado, passa a utilizá-lo no intuito de regular as relações em sociedade. Objetivando precipuamente manter a convivência em patamares estáveis desenvolvem-se algumas práticas de controle social dentre as quais destaca-se a criminalização, pois,

Verificou-se ser necessário retirar dos particulares a possibilidade de fazer justiça com as próprias mãos, pois tais situações consistiam, na verdade, em vingança por parte do ofendido e de seus familiares, não atendendo ao senso de justiça e de proporcionalidade da reprimenda, exigidos para a manutenção da paz social. Dessa forma, ao Estado restou exercer a função de realizar a justiça, proibindo a justiça privada, desempenhada diretamente pelos interessados. (CARVALHO, 2010, p. 14).

É por meio do direito penal que passa então o Estado a punir as condutas que fogem aos padrões sociais e ofendem aos bens jurídicos, de maior relevância, sob sua tutela. Colocando, por conseguinte, em risco a convivência humana dentro da sociedade. Assim, conjuntamente com o Estado se desenvolve o direito penal, verificando-se na tutela penal uma forma de manutenção da ordem e da harmonia social. Destarte entende Prado, (2006, p. 71) que,

[...] o aperfeiçoamento da organização social, acrescido da consciência da necessidade de encontrar uma plataforma sobre a qual pudessem ser erguidos os procedimentos de resolução de conflitos, de forma a preservar tanto quanto possível a sociedade, foram as principais causas da sistematização contínua dos métodos de implementação do direito penal.

Como consequência das teorias contratualistas, as quais entendem que o homem voluntariamente resolve conviver em sociedade abrindo mão de parte de seus direitos, parcela essa que consistiria no mínimo possível para que pudesse o Estado ser constituído. É possível subentender-se que tem o Estado poder de agir até o limite dos direitos abdicados e, portanto deverá o direito penal atuar sem ofender os direitos que não foram cedidos, sob pena, de não o

fazendo, estar o poder punitivo do Estado, operado por meio da sanção penal, deslegitimado em função de exceder os poderes que lhe foram conferidos por meio do pacto.

Considerando-se então que o uso do direito penal pelo Estado, enquanto forma de intervenção na sociedade, é feito ao ponto de que chega ele a ser considerado a principal forma de controle social, associado ao fato de que o nosso sistema penal pune o cometimento dos crimes com sanções que num geral são de intensa gravidade, nos compete aprofundar o estudo a respeito desse poder de punir de que é investido o Estado.

Para tal passa-se a averiguar de que forma a evolução social contribui para as políticas criminais, bem como as inibições postas para coibir os excessos estatais no exercício do direito penal.

1.2.1 O direito penal e o uso inadequado das políticas criminais

O direito não pode ser visto apenas como um valor cultural, muito mais do que isso ele é uma ciência e sua conformação resulta da convivência social de um grupo em determinado momento histórico, que por meio de um sistema normativo mantém ordenadas e estáveis as relações sociais. O poder do Estado se manifesta por meio da instrumentalização e da coercitividade do direito, portanto toda a sociedade, ao pretender satisfazer interesses e resolver conflitos e pretensões crescentes, tenderá a estabelecer núcleos de regras e institucionalizar o direito (WOLKMER, 2000, p. 170).

Portanto, ao direito penal, enquanto núcleo de regras juridicamente institucionalizado compete regular as relações dos indivíduos dentro da sociedade, servindo ele como uma das formas de controle social conjuntamente com outros órgãos, agentes, sistemas normativos e políticas de intervenção.

Corroborando esse entendimento Bitencourt (2007, p. 1) afirma que,

Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o *Direito Penal* com sua natureza *peculiar de meio de controle social formalizado*, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens. (grifo do autor).

Bianchini, por outro lado, concebe o direito penal associando a gravidade das sanções aplicáveis, por meio da criminalização, à gravidade das condutas sociais desviadas.

Possibilitando, reconhecer que como as condutas desviadas, consideradas de maior gravidade, geram um grande temor dentro das sociedades, também a reprimenda a tais condutas deverá ser feita com maior rigor, sendo assim leciona que,

[...] o Estado, mediante um determinado sistema normativo (leia-se: mediante normas penais), castiga com sanções de particular gravidade (penas e outras conseqüências afins) as condutas desviadas (crimes e contravenções) mais nocivas para a convivência, visando a assegurar dessa maneira, a necessária disciplina social bem como a convivência harmônica dos membros do grupo. (BIANCHI, 2009, p. 24).

Para esse desiderato Gomes (2004, p. 21-22) estabelece algumas finalidades para o direito penal, que segundo ele seriam: a tutela e resguardo dos bens jurídicos de maior importância; a regulação e inibição da justiça particular (privada); garantir que o infrator será punido, mas o será dentro dos preceitos de justiça; regular o poder punitivo estatal exercendo a função de freio contra os excessos estatais.

Na doutrina de Zaffaroni (2006, p. 83), o objetivo da legislação penal compreende duas possibilidades, na primeira sua intenção é a segurança jurídica, tendo como função a prevenção geral, servindo de exemplo para que as pessoas que não delinquiram não venham a fazê-lo por medo da reprimenda, nessa situação a pena seria uma devolução ao delinquente do mal por ele causado. Na segunda hipótese seu objetivo é a proteção da sociedade, tendo como efeito a prevenção especial, atuando como exemplo ao infrator para que não mais infringisse a lei, nessa visão a pena teria o condão de prepará-lo para que não tornasse a delinquir.

Recorde-se que pela postura adotada, em que se aderiu à legitimação do poder do Estado com fulcro nos ideais contratualistas, tem-se que pode o Estado fazer uso do direito penal, impondo e executando as sanções penais, como decorrência da cessão de direitos que todo o homem faz ao resolver conviver em sociedade.

No intuito de desvendar as políticas criminais, cumpre lembrar que o que diferencia um ato imoral ou reprovável de um crime não é o simples fato de este estar definido em lei e aquele ser um conceito particular de determinada sociedade, até por que um ato imoral também pode estar definido em lei sem que seja crime. A diferença reside no fato de que o crime consiste na prática de ato contrário à lei ao qual se impõe, quando descumprido determinado regramento, uma sanção penal, passando a ser objeto de tutela do direito penal, ao passo que àqueles conceitos as sanções não têm natureza penal.

Dessa forma um ato que hoje é simplesmente reprovável ou imoral, poderá vir futuramente a ser considerado crime, ou mesmo o inverso, fatos que são considerados delitos criminais, neste momento, futuramente não mais o serão. Na concepção de Batista (2005, p.

44) “[...] o elemento que transforma o *ilícito* em *crime* é a decisão política – o ato legislativo – que o vincula a uma *pena* [...]” o que evidencia a mutabilidade do direito penal ante as mudanças políticas, sociais e econômicas. Considera-se então que,

Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se *política criminal*. (BATISTA, 2005, p. 34, grifo do autor).

Essa dinâmica das políticas criminais decorre das características sociais de cada época e da forma como o Estado se apresenta e, esses fatores influem diretamente na aplicação do direito penal. Segundo Batista (2005, p. 34) divisa-se, ao longo da história, políticas criminais que enfatizaram a segurança pública mais precisamente o fortalecimento das polícias, políticas criminais que focaram no poder judiciário e mesmo no poder carcerário, diga-se de passagem que se tratavam na sua grande maioria de políticas de cunho utilitarista.

Evidencia-se deste modo a grande influenciabilidade que o poder econômico, político e a própria mídia exercem sobre a criminalização e a penalização, o que por certo não é bom, pois muitas vezes implica tipificar como crime condutas que não mereceriam tal consideração, além de poderem resultar em diminuição de direitos e garantias processuais. Assim, de acordo com Carvalho (2010, p. 23-24), vem sendo verificado um aumento da influência do sistema econômico na forma como são tratadas as questões penais, de modo que,

Tem-se buscado “[...] aplicar os princípios da economia de mercado aos problemas sociais [...]”. Com isso, surgiram alguns movimentos de cunho repressivo, discriminatório e intransigente, tais como “lei e ordem”, “tolerância zero”, entre outros, que buscam, em suma a redução de garantias do acusado de delito (economia de despesas) de forma que o processo seja mais célere (anti-garantidor), tornado inócuo (a baixo custo), de forma eficiente, o sujeito apontado como autor da infração penal.

Por outro lado essa característica resulta em certeza para as pessoas de que o direito penal não se trata de um direito estático, mas sim de uma matéria que está atenta às novas concepções sociais atinentes a direitos e garantias e, portanto acompanha as alterações e inovações oriundas dos movimentos sociais e das novas teorias.

Contemporaneamente, não mais se pode conceber políticas criminais que não respeitem a dignidade humana, principalmente quando desenvolvidas em Estados Democráticos de Direito. Entendendo Prado (2006, p. 28) que qualquer que seja a política criminal desenvolvida em um Estado Democrático de Direito, para que seja ela condizente

com o ideal democrático, deverá ser erguida sobre os princípios constitucionais e principalmente sobre o princípio da dignidade humana. Posto que se desrespeitados estes princípios estará condenada à incoerência normativa pois o “[...] respeito à dignidade humana é o princípio e fundamento do sistema político democrático, único espaço comum para qualquer pacto democrático”.

Compatibiliza-se com esse entendimento a posição de Copetti (2000, p. 88-90) o qual reconhece que da forma como o direito penal vem sendo empregado, principalmente na América Latina, torna-se impossível conceber a efetivação dos direitos humanos. Importando tal, na necessidade de concepção de novas políticas criminais, que abandonem os penalismos⁶, e sejam erguidas a partir dos direitos humanos constitucionalmente assegurados. Afirmando que “Assim se posicionando e agindo, o direito penal não logrou e não logrará garantir os bens que são necessários para projetar a realização do mundo em bases ético-humanísticas [...]”.

Ao discorrer sobre a forma como o legislador deve tratar as condutas que pretende ver criminalizadas, Prado (2006, p. 34) leciona que devem ser preenchidos alguns requisitos, para que se verifique se a tipificação penal é realmente necessária, não deixando a incriminação ao livre arbítrio do legislador, quando então passa a discorrer que,

[...] ao lado do preceito formal de legitimação, consistente na exigência de lei prévia, é imperativo que se definam os conteúdos, portanto, que a lei penal seja necessária, que a necessidade decorra de uma lesão real ao bem jurídico, que a lesão tenha sido produzida por uma conduta exterior do indivíduo (omissiva ou comissiva mas sempre externamente apreciável) e que a conduta seja culpável, tanto no sentido de estar inspirada por dolo ou culpa como por ser reprovável pessoalmente a seu autor.

Neves (2008, p. 36) afirma que “[...] o Direito Penal não pode servir de ferramenta protetora a todos os bens jurídicos, mas somente àqueles que possuam dignidade penal, que atendam ao critério do *merecimento de pena*” (grifo do autor). Assim, contradiz o uso inadequado do direito penal por parte do Estado, que o utiliza para regular as relações sociais, optando por normatizar o comportamento em sociedade e por apenar os cidadãos que não se ajustem às regras de convivência, quando na realidade existem meios muito mais apropriados para o controle social.

A crítica é pertinente, pois se observa que o direito penal é manipulado para a proteção de bens jurídicos que na maioria das vezes não mereceriam capitulação penal. Essa condição

⁶ O penalismo, a que se refere Copetti, pode ser interpretado como sendo o uso do direito penal a pretexto de “[...] solução de problemas sociais através de um ponto de vista individualista, sobre casos particulares, proibindo o que não se pode alcançar, aumentando penas para compensar a impunidade, criminalizando condutas sem relevância social” (COPETTI, 2000, p. 90).

não se altera devido ao fato de que as políticas criminais não são pensadas de forma contínua e interligadas com políticas sociais, mas de forma isolada e tratadas como se fossem as sanções penais a resposta para todos os problemas sociais.

Fica evidente, portanto,

[...] que a ausência do Estado em diversos setores sociais, bem como a inexistência de políticas públicas, de igual modo na iniciativa privada, com o escopo de equilibrar as relações de educação, saúde, emprego e distribuição de renda, entre outras, são, efetivamente, as causas fomentadoras da criminalidade. (CARVALHO, 2010, p. 25).

E, portanto, não são políticas criminais focadas exclusivamente na criminalização e na repressão às condutas anti-sociais que irão resolver o problema da criminalidade que tanto assola a sociedade. Faz-se necessário, integrar as políticas criminais com outras formas de intervenção social, no intuito de que se possa manter o caráter de subsidiariedade que deve revestir o direito penal.

É nesse sentido que se deve considerar o fato de que existem outros ramos do direito, aptos a regular a vida social, além do direito penal. Portanto só deve ser capitulada como infração penal a conduta lesiva a bem jurídico que for de natureza grave e que não possa ser apreciada por outro ramo do direito, independentemente se o civil, administrativo, tributário ou outro, a título do que prescreve o princípio da intervenção mínima o direito penal. De modo que,

[...] A pesada máquina estatal da justiça criminal deve ser reservada para os conflitos mais agudos (ataques intoleráveis a bens jurídicos relevantes) que requeiram um forte “tratamento cirúrgico”. Os conflitos de menor entidade podem e devem ser solucionados com instrumentos mais ágeis e socialmente menos gravosos. O Direito penal em suma, é a *última ratio*, isto é, é o último instrumento que deve ter incidência para sancionar o fato desviado [...] (BIANCHINI, 2009, p. 27).

Já na década de 1980, Frago (1986, p. 17) pregava que,

Uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas sociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais.

Portanto, ratificando, não se deve perder de vista o caráter de subsidiariedade que reveste o direito penal, deixando-se de lado a ideia de que o direito penal, por meio da penalização, é a solução para os problemas de criminalidade que atormentam a sociedade moderna. Aos casos mais simplórios e que ofereçam menor ofensa aos bens jurídicos a atuação deve se dar de maneira séria e profunda no campo social e não com imposição de maior rigor no tratamento penal. É protegendo-se a dignidade humana e oferecendo melhores condições de vida aos cidadãos, que se evitará e extirpará a premente necessidade de recorrer

ao direito penal para reprimir ações de pouca lesividade.

1.2.2 O poder punitivo e seus princípios limitadores

Se na antiguidade o poder punitivo se fundamentava no direito natural, do qual se extraíam os princípios que regulavam o *jus puniendi*, contemporaneamente tanto o direito punitivo como o direito penal encontram fundamentação na constituição. Assim, não se pode esquecer os princípios constitucionalmente elencados em nenhum momento, seja durante os processos de criação, aplicação e mesmo de interpretação da norma penal.

Diz-se então, em virtude dessa subordinação e fundamentação constitucional, que o direito penal deve ser constitucionalizado. Para Bianchini (2009, p. 70) “[...] O verdadeiro direito penal está regido por princípios e regras limitadores do direito de punir do Estado [...]”. E, assim entende Neves (2008, p. 34),

Podemos afirmar, [...] especificamente voltados ao Direito Penal Militar, que os princípios informadores do ramo estudado são proposições que alicerçam o sistema penal, garantindo-lhe validade, porquanto buscam a limitação de seu espectro de incidência, em plena concatenação com o Direito Penal moderno, alinhado com o Estado Social e Democrático de Direito. **São, pois, verdadeiras garantias a limitar o exercício do *jus puniendi* [...]** (grifo nosso)

Independentemente de estarem os princípios expressos ou implícitos no texto legal, a sua força normativa emana com igual intensidade sobre os ordenamentos jurídicos que lhe são subordinados. A amplitude dos conceitos trazidos pelos princípios, resulta em certa dificuldade para a sua interpretação, mas é justamente dessas discussões que se verificam as evoluções e mudanças no direito. Muito mais do que as normas positivadas, os princípios apresentam valores imperativos, e que devem ser observados sempre, tanto pelo legislador no processo de edição da lei quanto pelos detentores do poder jurisdicional quando de sua aplicação.

Para Streck (2007, p. 116),

A diferença entre regra (positivista) e o princípio é que este está contido naquela, atravessando-a, resgatando o mundo prático. Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – por que sobra algo – *o princípio traz a tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre o texto e a realidade, em que um não subsiste sem o outro [...]* (grifo do autor).

Os Estados Democráticos de Direito têm nos princípios importante função protetiva, repelindo ataques do Estado a direitos que possam estar mais vulneráveis. É inegável o seu caráter de norma superior e, como dito, pela sua força e imperatividade toda e qualquer norma

que não esteja de acordo com os princípios não pode ser legalmente reconhecida, devendo ser considerada inválida.

Na sequência serão tratados alguns princípios constitucionais a serem seguidos na aplicação do direito penal nos Estados Democráticos de Direito, e que representam para os cidadãos uma garantia de respeito do Estado por seus direitos. Pois, “De certa forma, os princípios limitadores do direito de punir encontram seu nascedouro, de forma implícita ou explícita, na Constituição Federal, norma-guia de todo o ordenamento jurídico” (NEVES, 2008, p. 34).

Tais princípios, na sua grande maioria são frutos dos ideais iluministas e representaram importante evolução no sentido de moderar o poder punitivo estatal. Pela sua imperatividade e seu grau de abstração aplicam-se com igual força, observadas peculiaridades, tanto ao direito penal comum como ao direito penal militar.

Amparado na ideia de que não existe crime se não houver expressa previsão legal que incrimine a conduta praticada, e que seja a previsão anterior a prática do ato emerge o *princípio da legalidade*, que é uma das formas de limitar a discricionariedade do Estado, exigindo a positivação das ações penalizadas. Este princípio implica em garantia de que somente depois de previsto como crime, determinado ato possa ser penalizado, “[...] importa notar que a aplicabilidade deste princípio no Direito Penal Militar ocorre tal qual no Direito Penal comum” (NEVES, 2008, p. 36).

Esse princípio é considerado como essencial para a segurança jurídica do direito penal, sendo reconhecido como princípio fundamental para a existência do Estado de Direito. Permite aos cidadãos saber os atos de que devem se abster, além de conhecerem as consequências a que estarão sujeitos no caso de seu descumprimento. Figura tal princípio ao ser incerto na CF/88 em seu art. 5º, XXXIX⁷, como Direito e garantia fundamental vigente no Estado brasileiro, além de ser garantia prevista na declaração Universal dos Direitos Humanos e no art. 1º⁸ do CP, tem como seus corolários os princípios da Irretroatividade da lei penal e o princípio da Anterioridade da lei.

O *princípio da intervenção mínima* revela-se como uma fórmula importante de

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

⁸ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

redução da abrangência da tutela do direito penal sobre os atos dos cidadãos, implicando que as condutas a serem tipificadas como ilícito penal só o serão na hipótese de não haver outros meios de se intervir e proteger os bens jurídicos. Além de que só serão tipificadas penalmente as condutas consideradas muito graves.

Este princípio conforme Neves (2008, p. 36) não se encontra descrito na Constituição Federal nem na legislação penal, “[...] mas infere-se da inviolabilidade da liberdade, expressa no *caput* do art. 5º da CF, e do respeito à dignidade da pessoa humana, consignado como fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do Inciso III do art. 1º de nossa *groundnorm*”. Sendo assim, plenamente compatível com os ditames do Estado Democrático de Direito.

Convém ressaltar que a intervenção mínima não condiciona ao seu conteúdo exclusivamente o legislador, mas também o intérprete, que não só pode como deve invocá-lo quando perceber a deficiência da legislação em descriminalizar fatos que já não possuem mais o porquê de estarem apenados em função da evolução social.

Resulta, para Batista (2005, p. 85), pelo exposto que este princípio se subdivide em dois outros: o Princípio da *subsidiariedade* que prevê o Direito penal como fonte *subsidiária* e última de controle e regulação social, tendo lugar somente quando falharem os demais meios de controle social e, o princípio da *fragmentariedade* que impõem ao direito penal a tutela dos bens jurídicos considerados mais importantes quando lesados pelas condutas mais graves.

Nullum crimen sine culpa, ou “não há crime sem culpabilidade” é o teor do *princípio da culpabilidade*, do qual se infere que para existir responsabilidade penal é necessária a existência da possibilidade de culpabilidade. Essa culpa diferente do praticado na antiguidade não pode ser objetiva, ou seja, aplica-se a pena cabível ao ato penalizado, sem fazer juízo de valor, segundo esse princípio a culpa é subjetiva e por isso as circunstâncias que ensejaram sua prática são relevantes para a apuração do fator culpa no resultado criminoso, a teor do previsto nos Arts. 18⁹ e 19¹⁰ do CP.

Neves (2008, p. 45) ressalta esse entendimento, reconhecendo que “É como vedação à

⁹ Art. 18 - Diz-se o crime: Crime doloso I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; Crime culposos II - culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

¹⁰ Art. 19 - Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.

responsabilidade penal objetiva [...] que a Expressão ganha o *status* de princípio limitador. Por ele, princípio da culpabilidade, ninguém pode sofrer reprimenda penal se não houver atuado com culpa, na acepção lata da palavra”

Para Bitencourt (2007, p. 16) esse princípio deve ser analisado sob três aspectos: o primeiro consiste em verificar se o sujeito que haja praticado o fato típico e antijurídico, é imputável, tinha consciência de seus atos e da antijuridicidade do fato típico; o segundo consiste em perquirir o quanto de culpa teve o agente na prática do delito, aplicando-se a pena de acordo com sua culpa e a gravidade do ato e; o terceiro refere-se ao fato de ter o agente concorrido com culpa ou dolo para o resultado, vedando-se a responsabilidade objetiva.

Com base no *princípio da humanidade*, tem-se que durante os processos de criação, de aplicação e de execução das penas, a todo o momento deverá ser considerado o fato de que o réu ou mesmo o apenado é um ser humano e como tal deve ser tratado. Não é o cometimento de um delito que permite ao Estado ignorar os seus direitos enquanto ser humano, a título do que prevê a CF em seu art. 1º, III¹¹. Destarte, está o princípio da humanidade “Diretamente ligado ao fundamento republicano da dignidade da pessoa humana [...] comanda este princípio que o Direito não pode vilipendiar a esfera da higidez do ser humano, em seus mais diversos aspectos” (NEVES, 2008, p. 45).

O disposto no art. 5º, incisos III¹², XLVII¹³ e XLIX¹⁴, da CF é o melhor exemplo do reconhecimento deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro, vedando a aplicação de penas desumanas, cruéis, degradantes, perpétuas, de morte, que ofendam a integridade física ou moral, entre outras.

Implicando, que a todo o momento, dever-se-á considerar que além de responsabilizar o criminoso pelos seus atos a pena tem um caráter ressocializador e, portanto deverá ser aplicada de modo a orientar o apenado nesse sentido e, não atribuindo-lhe “castigos” que o desviem do objetivo do cumprimento da pena, quais sejam reeducar e ressocializar.

Tanto o legislador, quanto o juiz no exercício de sua jurisdição, estão atrelados ao conteúdo do *princípio da lesividade ou ofensividade* consoante manifestação de Bianchini (2009, p. 55). Aquele, durante o processo de criação e este durante o processo de aplicação da

¹¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

¹² III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

¹³ 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;

¹⁴ XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

lei, deverão buscar tutelar bens jurídicos de natureza relevantes, coibindo atitudes que tenham realmente capacidade para lesar o bem jurídico de caráter relevante e já protegido com fundamento no princípio da reserva legal. Este princípio está diretamente “[...] afeto à seleção do bem jurídico-penal, ou melhor, à seleção da conduta lesiva o bastante para ser criminalizada pelo legislador” (NEVES, 2008, p. 42).

Deste princípio resta evidenciado a impossibilidade de criminalizar atitudes que não tenham efeitos concretos, permanecendo apenas na intenção, no íntimo ou nas ideias do agente; ou que não ultrapassem os meros atos preparatórios dando início à execução, ou ainda que o crime não seja possível ou praticável. Ainda, constata-se a impossibilidade de se criminalizar condutas que não afetem efetivamente a qualquer bem jurídico, constituindo-se em simples estado da pessoa. Assim “A lei penal deve buscar a prevenção dos mais graves danos individuais e sociais, e somente eles podem justificar o custo de penas e proibições de natureza criminal” (COPETTI, 2000, p. 125).

O *princípio da insignificância* trata-se de um desdobramento do princípio da intervenção mínima, quando então ao aplicar a sanção ante o caso concreto, competirá ao julgador averiguar a gravidade da lesão ao bem juridicamente protegido em relação à gravidade da sanção a ser aplicada. Pois conforme provérbio latino, *nullum crime sine iniuria*¹⁵.

Por derradeiro tem-se que a ofensa contra o bem jurídico deverá ser de alguma gravidade para que a conduta mereça reprimenda penal, do caso contrário se estaria diante de injusto penal. Pois quando o legislador protege determinado bem jurídico, sem quantificar as penas diante da intensidade das atitudes é certo que injustiças serão cometidas, devido ao fato de que não se está considerando o tamanho da lesão, mas simplesmente a importância que se dá ao bem jurídico tutelado.

É justamente esse o conteúdo desse princípio que visa afastar a tipicidade penal de condutas que ao lesionar determinado bem jurídico, seja ele de maior ou menor relevância, não tenham gravidade suficiente a ponto de merecerem reprimenda penal, constituindo-se em bagatela.

Quanto à aplicação deste princípio, ao direito penal militar, Neves (2008, p. 43) entende que teria ele aplicação relativa, podendo o juiz utilizá-lo quando a própria legislação penal militar o autorizar a invocá-lo, haja vista ter o legislador considerado o caráter

¹⁵ [...] não há crime sem que haja o dano, digno de reprovação, ao bem jurídico (NEVES, 2008, p. 41).

subsidiário do direito penal, cite-se como exemplo o § 1º¹⁶ do art. 240 do CPM. Entretanto esse posicionamento verifica-se ser minoritário, pois a jurisprudência já é vasta no sentido de ser cabível a invocação deste princípio na aplicação do direito penal militar aos mais variados delitos, cite-se como exemplo o HC 101759/MG julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 10 de agosto de 2010¹⁷.

Consagrar uma devida proporção entre a pena que será aplicada e a gravidade do ataque ao bem jurídico tutelado é o que prevê o *princípio da proporcionalidade*, visando regular a intervenção estatal de forma a minimizá-la, proibindo punições exacerbadas e desnecessárias em respeito ao princípio da dignidade humana, é extremamente necessário e, far-se-á nos Estados Democráticos de Direito por meio do controle de constitucionalidade.

A aferição da violação ao princípio da proporcionalidade se dará por meio de ponderação entre a necessidade da proteção ao bem jurídico e a forma como se dará a proteção. De modo que se o mesmo resultado puder ser obtido por outro meio menos gravoso, ou se a pena se mostrar demasiadamente pesada para o infrator evidenciando um desequilíbrio entre a gravidade do fato apenado e sua punição, o princípio da proporcionalidade não estará sendo respeitado.

Muito embora o princípio da proporcionalidade das penas não se encontre positivado, é plenamente compatível e dedutível do Estado Democrático de Direito. Conforme afirma Copetti (2000, p. 132-133) é instrumento para a defesa dos direitos fundamentais, na medida em que as normas coativas, quer de natureza penal quer processual, estão subordinados aos princípios e valores contidos na constituição. Destarte, afirma ele que “[...] o controle dos poderes do Estado, especialmente o de impor sanções criminais, deve ser desenvolvido sobre a proporcionalidade da pena, como manifestação de uma regulação das medidas limitativa de direitos no momento de sua aplicação judicial, visando coibir todos os excessos dos poderes públicos”.

¹⁶ **Art. 240.** Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: **Pena** - reclusão, até seis anos. § 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.

¹⁷ CRIME MILITAR (CPM, ART. 290) - POSSE (OU PORTE) DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - QUANTIDADE ÍNFIMA - USO PRÓPRIO - DELITO PERPETRADO DENTRO DE ORGANIZAÇÃO MILITAR - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - APLICABILIDADE - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - PEDIDO DEFERIDO. - Aplica-se, ao delito castrense de posse (ou porte) de substância entorpecente, desde que em quantidade ínfima e destinada a uso próprio, ainda que cometido no interior de Organização Militar, o princípio da insignificância, que se qualifica como fator de descaracterização material da própria tipicidade penal. Precedentes.

Consoante a construção feita no decorrer deste capítulo, fica evidente a necessidade e a importância do Estado para a manutenção de condições mínimas de convivência em sociedade. Mas não um Estado forte e onipotente e sim um Estado presente e empenhado em assegurar direitos e garantir a sua aplicabilidade, sendo neste momento histórico, considerado como mais apropriado para esse desiderato o Estado que vigora por meio do direito e que está empenhado com a efetivação da democracia, ou seja, o Estado Democrático de Direito.

Ainda, infere-se que o Estado e o direito evoluíram concomitantemente. Sendo que o direito penal, ramo ao qual se atém o presente estudo, exerce ao longo da história evolutiva do Estado função essencial no controle social. Entretanto, o mau uso feito dessa ferramenta, por meio de políticas criminais precipitadas, tem resultado que o direito penal não vem sendo visto com bons olhos pelos estudiosos, reclamando-se pela sua minimização. Nesse sentido, de restringir o poder estatal e resguardar os cidadãos dos abusos cometidos pelo Estado no tocante ao uso do direito penal, exercem os princípios limitadores do poder punitivo função de grande importância, pois servem de parâmetro para essa limitação, devido à complexidade dos valores que trazem consigo.

CAPÍTULO II

2 DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR, A NECESSIDADE DE MUDANÇA PARA COMPATIBILIZAR-SE COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Feitas as devidas considerações a respeito do surgimento do Estado e sua evolução até o atual modelo de Estado Democrático de Direito, além de justificação a respeito do poder punitivo estatal e o uso muitas vezes inadequado do direito penal.

Destina-se o segundo capítulo a considerações sobre o Direito Penal Militar, mais especificamente a sua finalidade perante as instituições militares, bem como suas peculiaridades no que se refere à aplicação.

Foca-se a pesquisa desenvolvida neste capítulo a cerca do direito penal, no modelo de estado vigente no Brasil e nos princípios e regras estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, de modo que se possa detectar as incongruências e compatibilizar a legislação ordinária ao que prescreve a carta magna que é muito mais recente que as compilações penais brasileiras e, por isso mesmo em muito com elas conflitante.

Destarte, serão feitas considerações sobre o Processo Penal brasileiro salientando as desarmonias da legislação ordinária, tanto processual penal comum como da processual penal militar, com o modelo de sistema processual acusatório, adotado no Brasil, apreciando-se também os princípios a serem considerados no processo, além de ingressar no tema da teoria geral da prova, sempre levando em consideração os princípios e regras constitucionalmente vigentes e condizentes com o Estado Democrático de Direito.

2.1 Direito penal militar: prolegómenos

Introduzindo o estudo do direito penal militar enquanto ciência e ramificação do direito penal, faz-se necessário circunstanciar algumas peculiaridades a seu respeito, de modo a situar o seu emprego dentro do Estado Democrático de Direito.

Destarte, na sequência serão apresentadas algumas noções preliminares a respeito dessa ciência, especificamente no que diz respeito ao seu surgimento, sua importância para as instituições militares, e a sua aplicabilidade, focando o estudo na identificação daqueles que podem vir a ser agentes de crimes militares.

2.1.1 Origem e finalidade

Do mesmo modo que o direito penal serve precipuamente ao Estado como meio de controle social, também o direito penal militar é concebido como forma de manter o bom funcionamento das instituições militares. Essa tutela penal aplicada à organização militar encontra-se resguardada pelo texto constitucional o qual reconhece cabalmente a necessidade de tutelar penalmente bens jurídicos de caráter essencial a tais organizações. No que concerne ao direito penal militar enquanto forma de proteção e resguardo das missões fins das organizações que detenham a condição de militar vale ressaltar o conceito de Neves (2008, p. 33), o qual admite que,

[...] o Direito Penal Militar consiste no conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a determinação de infrações penais, com suas consequentes medidas coercitivas em face da violação, e ainda, pela garantia dos bens juridicamente tutelados, mormente a regularidade de ação das forças militares, proteger a ordem jurídica militar, fomentando o salutar desenvolver das missões precípua atribuídas às Forças Armadas e às Forças Auxiliares. (grifo do autor).

Definir em que momento histórico efetivamente surge o direito penal não é uma tarefa que resulte em grande precisão, da mesma forma que também não há como identificar as origens do direito penal militar com exatidão. Por certo que deva ter sido originado junto aos primeiros exércitos, momento em que se viu na militarização a possibilidade de manter as tropas unificadas sob o manto da hierarquia e da disciplina à plena disposição do Estado. Então, enquanto via-se no direito penal a possibilidade de regular a convivência na sociedade, também o direito penal militar foi meio de manutenção da ordem dentro das instituições militares.

No tocante às origens do Direito Penal Militar, Loureiro Neto (1993, p. 19-20) informa que algumas civilizações da antiguidade – Índia, Pérsia, Macedônia, Atenas – já conheciam alguns crimes militares os quais eram julgados pelos próprios militares, porém como ocorre no caso da Grécia, onde todo cidadão era na sua essência um soldado a disposição do Estado, o direito penal comum e o castrense se confundiam. Portanto, teria sido em Roma que o direito penal militar adquiriu o status de instituto jurídico, possuindo o exército romano um direito criminal próprio, com tribunal e juizes militares. Estabelece ainda como marco para a jurisdição militar moderna, a revolução francesa, marcada pelas manobras militares de Napoleão Bonaparte, quando se delimitou a jurisdição e a competência para o foro em razão das pessoas e da matéria.

No Brasil, segundo informa Neves (2008, p. 8-10) a legislação penal castrense tem sua origem diretamente relacionada à de Portugal, muito embora as ordenações Filipinas não fizessem clara separação entre crimes militares e civis. Já em 1763 com a aprovação dos Artigos de Guerra do Conde Lipe, passaria o Brasil a ter sua primeira legislação penal de caráter marcadamente militar, a qual vigeria plenamente até 1891, ano em que foi criado o Código da armada, mais tarde aplicado ao exército e à aeronáutica.

Posteriormente, em 1944, foi editado o Código Penal Militar que vigoraria até a edição do Decreto Lei 1001, de 21 de Outubro de 1969 o qual estabeleceu o atual Código Penal Militar (CPM), que entrou em vigor em 01 de janeiro de 1970, período em que vigorava no Brasil a ditadura militar. O decreto foi fruto do trabalho da junta militar, que era composta pelos ministros das três forças militares, Exército, Marinha e Aeronáutica, os quais aproveitaram os poderes que lhe eram conferidos pelo AI n. 5 e AI n. 6 para criá-lo (NEVES, 2008, p. 10).

Faz-se oportuno, ainda, identificar qual é a finalidade da existência do direito penal militar, para tal, torna-se necessário distinguir qual o bem jurídico que se está tutelando com o seu emprego e, assim descobrir o que se visa proteger com a criminalização de determinadas atitudes. Lembrando que no tocante à escolha dos bens jurídicos a serem tutelados penalmente, quer seja pelo direito penal comum ou militar, ele, o direito penal, deve ser utilizado como *ultima ratio*¹⁸. Portanto, existindo outro meio de tutelar esse bem jurídico não há o porquê de se criminalizar a conduta, caracterizando-se dessa maneira a subsidiariedade e

¹⁸ Do latim: Última Razão equivale a dizer último recurso (NEVES, 2008, p. 13). O princípio da *ultima ratio* implica a adoção do direito penal somente para ocupar-se com os bens jurídicos fundamentais do ser humano, de forma a garantir a existência e o convívio em sociedade (CARVALHO, 20010, p. 9).

fragmentariedade que revestem a aplicação do direito penal. Além do que para os casos em que exista a necessidade de tutelar-se penalmente o bem jurídico essa constatação se dará por meio de apreciação entre a importância do bem jurídico e a gravidade da lesão que está sendo oferecida.

Afirma Neves (2008, p. 16) que “Vários bens [...] interessam ao Direito Penal Militar, destacando-se, obviamente, a hierarquia e a disciplina, hoje elevadas a bem jurídico tutelado pela carta maior”. Porém argumenta ainda que muitos outros bens jurídicos igualmente protegidos pelo Código Penal são amparados na legislação castrense, sem, entretanto perder de vista que no fundo o que se visa proteger ao tutelá-los é o que ele chama de “regularidade das instituições¹⁹”. De modo que ao interpretar a aplicação da norma penal, deve-se levar em consideração além do bem jurídico diretamente protegido a proteção indireta que está sendo dada à entidade militar.

2.1.2 Sujeito ativo do crime militar

O direito penal está dividido em Direito penal comum e especial. O direito penal militar está relacionado a este último porque, nos dizeres de Lobão (2006, p. 48): “O direito penal militar é especial não só porque se aplica a uma classe ou categoria de indivíduos, como afirma Heleno Fragoso, como também, pela natureza do bem jurídico tutelado”.

O CPM (Código Penal Militar) trata de maneira específica os crimes militares, sendo assim tal lei aplica-se de modo preponderante aos militares, muito embora possa ser aplicada aos civis, excepcionalmente. Tanto é que o STF editou a Súmula nº 298²⁰ ainda em 1964, a qual encontra-se vigente, reconhecendo a possibilidade de o legislador sujeitar civis à justiça militar, quando em tempo de paz, se atentarem contra a segurança externa do país ou naquelas situações em que a tutela jurisdicional do direito penal militar visa resguardar bens e interesses ligados diretamente às instituições militares. Tal possibilidade encontra-se

¹⁹ Essa regularidade [...] pode ser entendida como a condição necessária, tanto interna como externamente, para que determinada instituição militar possa cumprir seu escopo constitucional, não turbando os direitos fundamentais, exceto quando a lei assim permitir (NEVES, 2008, p. 20).

²⁰ STF- Súmula nº 298 - O legislador ordinário só pode sujeitar civis à Justiça Militar, em tempo de paz, nos crimes contra a segurança externa do país ou as instituições militares.

reconhecida no art. 9º²¹ do CPM.

Portanto, é equivocado supor que apenas os militares estão passíveis de cometerem crimes definidos no Código penal militar. Como se pode inferir do seu artigo 9º tanto militares quanto civis podem ser penalizados por infrações nele descritas, veja-se, por exemplo, o seu inciso III, que diz: “considera-se crime militar aquele cometido por militares da reserva, ou reformado, **ou por civil**, contra as instituições militares”, nas condições que passa a expor nas suas alíneas, o qual enumera as hipóteses em o agente civil passa a ser sujeito ativo de crime impropriamente militar.

Ressalva feita ao fato de que em conformidade com a Súmula nº 53²² do STJ, e ao art. 125 § 4º²³ da CF, que limitou a possibilidade da justiça militar estadual julgar unicamente policiais e bombeiros militares. Desse modo o civil que cometer crime contra instituição militar estadual não será julgado pela justiça militar e sim pela justiça comum estadual.

Ainda, de acordo com o artigo 9º do CPM, que trata dos crimes militares em tempo de paz, as infrações penais aplicáveis de modo exclusivo aos militares são aquelas que implicam em ofensa a ordem e a estrutura interna, hierarquia e disciplina, pois estas são especialmente destinadas aos investidos pela função de militar; ao passo em que as ofensas às organizações

²¹ Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial; II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; 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; c) 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; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996) d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar; III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar; b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo; c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras; d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior. Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.

²² STJ - Súmula nº 53 - Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais.

²³ Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. [...] § 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.

militares propriamente ditas, à sua função, aos seus interesses e aos seus bens podem ter como destinatário não só o militar como também os civis, entendendo recentemente o STF no julgamento do HC 105348 / RS²⁴, que a competência da justiça militar reside na subjetividade das atitudes do agente, sendo que “o cometimento de delito militar por agente civil em tempo de paz se dá em caráter excepcional”. Isto é, apenas quando tal cometimento se traduz em ofensa àqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem (art. 142 da Constituição Federal).

Assim, o crime militar pode ser definido pelo critério *ratione legis*, segundo o art. 124²⁵ da CF, como a infração descrita no Código Penal Militar que ofenda diretamente aos interesses das instituições militares. Importando a definição trazida por Lobão (2006, p. 58) que cita:

[...] em face do direito positivo brasileiro, o crime militar é a infração penal prevista na lei penal militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar e ao serviço.

Sabendo-se, então, que o Código penal militar é destinado precipuamente aos militares é mister definir quem pode ser inserido nesta categoria para efeito de aplicação da lei penal castrense. E para esse desiderato apresenta-se apto o próprio Código Penal Militar que, em seu art. 22, conceitua a pessoa considerada militar da seguinte forma: “É considerada militar, para efeito da aplicação deste [sic] Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças [sic] armadas, para nelas servir em posto [sic], graduação, ou sujeição à disciplina militar”.

²⁴ HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA MILITAR. CRIME MILITAR NÃO CARACTERIZADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM FEDERAL. CRIME DE DANO AO PATRIMÔNIO FEDERAL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. É excepcional a competência da Justiça castrense para o julgamento de civis, em tempo de paz. A tipificação da conduta de agente civil como crime militar está a depender do “intuito de atingir, de qualquer modo, a Força, no sentido de impedir, frustrar, fazer malograr, desmoralizar ou ofender o militar ou o evento ou situação em que este esteja empenhado” (Conflito de Competência 7.040, da relatoria do ministro Carlos Velloso). 2. O cometimento de delito militar por agente civil em tempo de paz se dá em caráter excepcional. Isto é, apenas quando tal cometimento se traduz em ofensa àqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem (art. 142 da Constituição Federal). 3. Na concreta situação dos autos, não se extrai, minimamente que seja, a vontade do paciente de se voltar contra as Forças Armadas, tampouco a de impedir a continuidade de eventual operação militar. Pelo que não há nenhum indicativo de que, deliberadamente, o acusado praticou qualquer ato para se contrapor a instituição militar ou a qualquer de suas específicas finalidades ou operações. Ingrediente psicológico ou subjetivo de aversão ou propósito anticastrense sem o qual não é possível atrair a competência da Justiça Militar. Precedentes: HC 81.963, da relatoria do Ministro Celso de Mello; e HCs 86.216, 100.230 e 101.206, da minha relatoria. 4. Ordem concedida tão-somente para assentar a incompetência absoluta da Justiça Militar para processar e julgar o paciente. (STF, HC 105348 / RS, Relator: Min. AYRES BRITTO, 19/10/2010).

²⁵ Art. 124. à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Desta definição, percebe-se uma lacuna, visto que o artigo supracitado não fez menção aos integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, restringindo-se a conceituar militar como sendo os membros das forças armadas, ciente de que, por força do art. 142 da CF, são as forças armadas constituídas exclusivamente pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, restou em branco a consideração a respeito das policias e bombeiros militares.

Suprindo essa lacuna surge o art. 42²⁶ da Constituição Federal, que vem estender a condição de militar também aos policiais militares e integrantes de corpos de bombeiros militares. Obrigando, por força do seu § 1º, também estes a certas condições do art. 142, §§ 2º e 3º, aplicáveis aos militares das forças armadas.

Conforme preceitua a Constituição Federal, portanto, o status de militar é conferido aos integrantes das Forças armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), os quais são militares federais, bem como aos membros das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, que são militares estaduais.

Outra diferença que decorre de toda essa interpretação é que os policiais militares e bombeiros militares não são julgados pela justiça militar federal e sim pela justiça militar estadual, conforme se obtém do art. 125, §4º da CF, combinado com o art. 6º²⁷ do Código de Processo Penal Militar.

2.1.2.1 Crimes militares próprios e impróprios e a importância da sua definição

Os crimes militares estão divididos em própria e impropriamente militares, ou simplesmente crimes militares próprios e impróprios. Para a teoria clássica crime propriamente militar é aquele tipificado no CPM e que só poderá ser cometido por quem detém a qualidade de militar, consistindo em violação a deveres que lhes são peculiares,

²⁶ 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. § 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

²⁷ Art. 6º Obedecerão às normas processuais previstas neste Código, no que forem aplicáveis, salvo quanto à organização de Justiça, aos recursos e à execução de sentença, os processos da Justiça Militar Estadual, nos crimes previstos na Lei Penal Militar a que responderem os oficiais e praças das Polícias e dos Corpos de Bombeiros, Militares.

portanto tratam-se de crimes funcionais. Nos dizeres de Lobão (2006, p. 84) é “[...] a infração penal, prevista no Código Penal Militar, específica e funcional do ocupante do cargo militar, que lesiona bens ou interesses das instituições militares [...]”.

Por outro lado, os crimes impropriamente militares são aqueles que apresentam natureza comum, podendo ser praticados por civis ou militares, e que, se praticados por militar em condições determinadas, serão considerados crime militar, fundamentando-se na definição de Lobão, (2006, p. 98) segundo a qual “[...] crime impropriamente militar é a infração prevista no Código Penal Militar que, não sendo específica e funcional do soldado, lesiona bens ou interesses militares relacionados com a destinação constitucional e legal das instituições castrenses”.

Já, o crime propriamente militar é a infração penal, capitulada no Código Penal Militar, que somente pode ser cometida pela pessoa investida de cargo ou função militar, quando seus atos ofenderem a bem ou interesse das instituições militares, especificamente a disciplina, a hierarquia, o serviço e dever militar, independentemente se no exercício estrito da função ou fora dela.

Nesse mesmo sentido se manifesta Ferreira (*apud* MESQUITA, 2003, p. 169), ao interpretar parecer do STF sobre o assunto:

O STF decidiu que o ‘crime propriamente militar é o que só por militares pode ser cometido, isto é, o que constitui uma infração específica e funcional da profissão do soldado’. O crime impropriamente militar, por sua vez, é de difícil definição, sendo determinado por circunstâncias alheias ao elemento constitutivo do fato delituoso, a saber: instituições militares, ordem administrativa militar, bem tutelado sob administração militar, qualidade de militar do agente e ofendido, local sob administração militar, exercício de função militar e utilização de material bélico sob guarda (ou fiscalização, ou administração) militar.

Por fim, convém trazer a tona a grande importância desta diferenciação e tratativa teórica, que se apresenta quando da interpretação do disposto no art. 5º, LXI da CF²⁸ c/c do art. 18²⁹ do CPPM, de onde se obtém que nenhuma pessoa poderá ser presa sem que esteja em situação de flagrante delito ou sem ordem judiciária. Situação que não se aplica aos casos de crimes propriamente militares, quando então a prisão poderá ocorrer por ordem do

²⁸ Art. 5º [...] LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

²⁹ Art. 18. Independentemente de flagrante delito, o indiciado poderá ficar detido, durante as investigações policiais, até trinta dias, comunicando-se a detenção à autoridade judiciária competente. Esse [sic] prazo poderá ser prorrogado, por mais vinte dias, pelo comandante da Região, Distrito Naval ou Zona Aérea, mediante solicitação fundamentada do encarregado do inquérito e por via hierárquica. Parágrafo único. Se entender necessário, o encarregado do inquérito solicitará, dentro do mesmo prazo ou sua prorrogação, justificando-a, a decretação da prisão preventiva ou de menagem, do indiciado.

encarregado do inquérito policial militar, sem que esteja em flagrante e sem que haja ordem judicial.

Essa previsão constitucional apresenta-se como exceção à regra, implicando que “[...] a autoridade da polícia judiciária militar federal poderá decretar a prisão no crime propriamente militar e somente de militar, agente único do crime propriamente militar [...]” (LOBÃO, 2009, p. 307). Nesse sentido fica a afirmação de Lobão (2006, p. 86) “nunca é demais repetir, o civil não responde pelo delito propriamente militar”. Esclarece-se deste modo a necessidade de diferenciação entre crime militar próprio e impróprio, qual seja, concluir em quais casos poderá o civil ser preso em flagrante delito pela prática de crime militar.

2.2 O processo penal e a materialização do poder punitivo no Estado Democrático de Direito

Como dito anteriormente o Estado é o único e exclusivo detentor do direito de punir aqueles cidadãos que tenham cometido infrações penais. Isso ocorre devido ao Estado subrogar-se, nos poderes do real ofendido, ou seja, aquele que teve o bem jurídico atingido diretamente pela infração delituosa. Ao assumir a qualidade de ofendido indireto passa ele a perseguir a aplicação da norma penal ao fato típico verificado e, portanto coibindo a “vingança privada”.

A apuração da lesão ao bem jurídico protegido pelo Estado, se dará por meio da apresentação do caso concreto ao Estado-Juiz, detentor do poder jurisdicional, instaurando-se a lide penal, quando na apuração do ilícito penal serão considerados os procedimentos e os princípios do processo penal. Nesse sentido, Rangel (2006, p. 45) manifesta-se pelo caráter mais instrumental do processo penal argumentando que “[...] O Estado deve tornar efetiva a aplicação do direito penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo [...]”.

Posicionamento semelhante adota Lopes Júnior (2005, p. 253) ao afirmar que “O processo está destinado a comprovar se um determinado ato humano realmente ocorreu na realidade empírica. Com isso, o saber – enquanto obtenção de conhecimento – sobre o fato é o fim a que se destina o processo, que deverá ser um instrumento eficaz para a sua obtenção”.

Por outro lado sem, no entanto, discordar dessa posição, o entendimento de Jardim (2007, p. 307) é de que o processo penal deve ser encarado muito mais como um meio utilizado pelo próprio Estado para que não venha a se exceder no exercício de seu poder punitivo do que como as regras que propiciam a aplicação da lei penal ao caso concreto submetido à jurisdição. Considerando-se ainda, que tanto o direito processual penal quanto o direito penal são frutos da evolução das civilizações, no contexto histórico este deve ser encarado como o meio de repressão estatal, ao passo que aquele busca manter as liberdades e garantias individuais dos cidadãos.

No contexto dos Estados Democráticos de Direito, em que ao processo penal compete instrumentalizar a aplicação do direito penal, não é possível conceber que se realize o processo em desconformidade com os preceitos de garantia dos direitos fundamentais. Pois, em o fazendo estar-se-ia desrespeitando os próprios fundamentos que ensejam o surgimento e a manutenção da democracia. Nesse sentido, Prado inicia obra de estudo do sistema acusatório, admitindo que “[...] contemporaneamente, não mais se concebe a atuação do Estado em busca da imposição da sanção penal aos autores das infrações penais, fora dos marcos processuais estabelecidos pelas leis e, principalmente, pela Constituição” (PRADO, 2006, p. 1).

Rangel (2006, p. 7) compartilha do mesmo entendimento, afirmando que,

O caráter instrumental do processo demonstra que ele (o processo) é meio para se efetivar os direitos e garantias individuais assegurados na constituição e nos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte, não sendo, como pensam alguns autores, instrumento para se aplicar o direito penal, única e exclusivamente.

E mais, afirma Prado (2006, p. 41) que “na essência, Constituição e Processo Penal lidam com algumas importantes questões comuns: a proteção aos direitos fundamentais e a separação dos poderes”. Portanto, em sendo o processo meio garantidor dos direitos e garantias fundamentais, conseqüentemente será ele responsável por realizar no cidadão a certeza de que o sistema penal é seguro e justo, não sendo operado como simples meio de controle da criminalidade. Certeza essa que decorre ainda do fato de que Constituição e processo penal estão em sincronia, sendo que aquela garantirá a imutabilidade do processo no sentido de impedir alterações que contrariem ou diminuam direitos e garantias fundamentais.

Sabe-se bem que tanto o Código de Processo Penal (CPP), quanto o Código de Processo Penal Militar (CPPM), são legislações que vigem desde muito antes da Constituição de 1988 e, portanto, não foram editados em conformidade com o teor do texto constitucional. Ambos os códigos foram concebidos durante a vigência de regimes autoritários no Brasil, o

CPP no ano de 1941, sob a égide do Estado novo de forte influencia nazi-fascista, e o CPPM no ano de 1969 enquanto vigorava no Brasil a ditadura militar. Muito embora as alterações do CPP o tenham flexibilizado, modificando muito de sua essência, o mesmo não ocorreu com o CPPM que sofreu poucas modificações.

Tanto é que na sua origem o CPP era guiado pelo princípio da presunção de culpabilidade e não pela presunção de inocência, tal qual prevê o art. 5º, LVII³⁰ da CF, e como enumera Oliveira (2009, p. 2-3) tinha ainda outras características marcantes de sua origem ditatorial a exemplo da predominância do interesse público sobre a liberdade individual; autorização da busca da “verdade real” por meio de investigações inquisitoriais e práticas atualmente vedadas pela Constituição(tortura); o interrogatório não servia como meio de defesa apenas como meio de prova, entre outras.

As alterações introduzidas pela Constituição no ano de 1988, trouxeram amplas garantias individuais aplicáveis ao processo, contrariamente ao que previa o Código de processo penal, exigindo “[...] que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado” (OLIVEIRA, 2009, p. 3).

No que concerne ao pequeno número de modificações introduzidas no CPPM após o advento da Constituição de 1988, é mister dizer que nada impede, muito pelo contrário, a força normativa da Constituição obriga que sua aplicação seja feita sempre a luz dos princípios vigentes no Estado Democrático de Direito. Pois, o processo deverá moldar-se ao teor do texto constitucional, funcionando como garantia de respeito ao próprio texto constitucional. Quanto ao assunto Prado (2006, p. 44) manifesta-se argumentado que “[...] a Constituição da República escolheu a estrutura democrática sobre a qual há, portanto, de existir e se desenvolver a relação processual penal, forçando-se, assim, a adaptação do modelo vigente antes de 1988”.

Para Carvalho (2010, p. 31), faz-se necessária uma releitura do Código de Processo Penal Militar, sob o enfoque dos princípios e garantias trazidos pela Constituição Federal e, pelos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil que versem sobre proteção aos direitos humanos. De modo que os dispositivos do código deverão sofrer minuciosa análise a respeito de terem sido recepcionados pela Carta Magna ou não, devendo aqueles que dela destoam ser ignorados. Por que nesse processo de interpretação/integração deverão sempre prevalecer os

³⁰Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

preceitos constitucionais, e compete ao juiz atualizar-se e somente dar efetividade às leis orientadas pelas garantias e princípios fundamentais constitucionais.

Convém mencionar, destarte, que a atividade jurisdicional, somente será legítima se prestada dentro dos ditames da lei superior, no caso brasileiro a constituição, mantendo sempre o foco na preservação dos direitos e garantias fundamentais, impedindo as arbitrariedades judiciais e garantindo igualdade de direitos à acusação e à defesa, o que só ocorre mediante o devido processo legal. Destarte, será com base, somente, nos argumentos e provas apresentados e juntados aos autos que o juiz deverá formular sua convicção e apresentar sua decisão, permitindo uma solução adequada ao caso penal. Nesse sentido,

Não é, porém, qualquer processo que reúne as condições de instrumento de garantia dos direitos – o que no âmbito penal [...] é indispensável, na medida da gravidade e repercussão sociais do caso penal – mas somente aquele que preencha a cláusula constitucional do devido processo legal, formal e também substancial. Somente este modelo complexo respeita efetivamente os direitos de ação e de defesa e pretende, com isso, preservar também a sociedade através do deslocamento dos conflitos de interesses para o plano jurídico-institucional, no qual, a princípio, não predomina a razão do mais forte ou até da maioria e sim a regra fixada pela lei e, antes de tudo pela própria constituição, mesmo contra a razão do mais forte ou da maioria. (PRADO, 2006, p. 45).

Infere-se então, que do conteúdo do texto constitucional, deve-se extrair o teor dos termos de aplicação da lei processual penal, e como mencionado, mantendo o foco na tutela dos direitos fundamentais por meio da harmonização das funções jurisdicionais do Estado de acusar, julgar e defender. Para isso compete ao juiz apreciar, muito mais do que os fatos, o teor da legislação processual, que em grande parte antecede ao texto constitucional vigente e, portanto ao Estado Democrático de Direito, adaptando-a aos princípios processuais constitucionais garantidores ou, na sua impossibilidade descartando-a. Porquanto ao juiz não compete somente aplicar a lei processual positivada, mas interpretá-la e dar-lhe contorno em conformidade com as normas e com os direitos fundamentais previstos na constituição.

2.2.1 Sistemas processuais

Histórica e inicialmente parte-se de uma condição em que a persecução penal era exercida de forma privada, nas sociedades primitivas incumbia ao ofendido ou quem o pudesse representar a tarefa de punir o ofensor do bem lesado, permanecendo o Estado inerte à batalha das partes. Nesse momento, a figura do Estado ainda não se apresentava como uma entidade, visualizando-se apenas como centralizador da ordem e do poder a pessoa do chefe

da tribo. A intenção básica das retaliações nesse momento não eram apurar o culpado pela lesão ao bem jurídico e sim promover dentro do grupo social a paz, quer por meio da composição, dos duelos ou da vingança.

Posteriormente, conforme as sociedades foram se organizando politicamente surgem as figuras dos primeiros juízes e tribunais, Prado (2006, p. 69-78) cita como precursores o Egito, a Palestina, Grécia, Roma. Dentre as características do processo nessas sociedades, menciona a garantia de direito a recurso, a publicidade de debates e interrogatórios, a existência de tribunais populares, valoração das provas, existência de provas mínimas para a condenação, igualdade entre acusação e defesa, entre outras. Vislumbra-se nesse momento o interesse das nações em tutelar determinados bens jurídicos, assegurando algumas garantias aos cidadãos e ao Estado.

Nesse viés sucede-se a idade média, período marcado pelas invasões bárbaras em todo o território romano implicando em readaptação dos métodos processuais europeus ao direito germano e vice e versa, tanto é que o sistema de predominância acusatória dos germanos posteriormente tornar-se-ia predominantemente inquisitório. Tal fato se deve em muito à organização da sociedade em feudos, de modo que durante esse período o papel da justiça ficou limitado aos interesses do senhorio feudal visto o enfraquecimento do poder real.

Essa condição permitiu o fortalecimento da igreja católica, que se difundiu por meio da religião cristã, possibilitando com isso a implantação, durante o período de transição do feudalismo para as monarquias, de um sistema judiciário de cunho eminentemente inquisitorial, que predominaria na maioria das grandes nações até o advento do iluminismo. Foi com o fim do absolutismo e conseqüente transição para a república, que se vislumbrou também a necessidade de inovar no processo penal, buscando métodos que garantissem um processo mais justo e menos truculento. Essas ideias resultaram na transição do sistema inquisitorial para o acusatório ou mesmo na conformação de sistemas mistos.

Deste modo, é possível o reconhecimento de três tipos de sistema processuais penais básicos, sendo eles o acusatório, o inquisitivo e o misto, os quais passar-se-á a verificar com maior propriedade, haja vista que “O estudo dos sistemas processuais é fundamental para a perfeita compreensão do Direito Processual, por repercutir em todas as regras e princípios adotados no processo, revelando, assim, a forma de sua condução, bem como a inspiração ideológica de cada sistema” (CARVALHO, 2010, p. 38). Portanto, esclarecer o sistema processual vigente no Estado Democrático brasileiro é essencial para que se possa definir com

propriedade os princípios e regras aplicáveis ao processo penal.

2.2.1.1 Sistema inquisitivo

Muito embora as sociedades primitivas detentoras de sistemas de percução criminal já possuíssem raízes inquisitoriais, é no fim da idade média, com o surgimento das monarquias absolutistas e o aperfeiçoamento do direito canônico que o sistema inquisitivo toma corpo e apresenta suas características mais marcantes. A metodologia utilizada por esse sistema relaciona-se diretamente com o tribunal da Inquisição, órgão que era mantido pela igreja católica para investigação e punição de crimes contra a igreja. Na atualidade esse sistema está diretamente relacionado com a existência de Estados autoritários e totalitários.

A jurisdição eclesiástica a princípio destinava-se ao julgamento de membros da igreja, porém conforme o poder temporal desta última foi se expandindo, resvalou para a sua competência uma enorme gama de infrações penais consideradas contrárias, mesmo que distantemente, aos interesses da igreja. (PRADO, 2006, p. 82).

A principal característica desse sistema é o fato de que o juiz encerra em si as funções de acusar, julgar e defender o réu, de modo que inexiste a necessidade do ministério público para fazer a acusação, bem como é desnecessária a presença de defesa técnica. Diante desta situação em que compete ao juiz realizar o processo como um todo é conferido a ele amplos poderes para a produção das provas, que o autorizam a buscar a verdade real (substancial ou material) do fato apresentado à jurisdição. Pode ele empreender investigação, usando de todos os meios de que dispõe para obter a verdade, e se livremente concluir que não há procedência na denúncia que ele mesmo ofereceu pode o juiz de ofício arquivar o processo.

Ainda, no que tange às provas, estas possuíam valoração, ou seja, eram tarifadas, sendo a confissão considerada a “rainha das provas”, ou seja, com a maior valoração, e prova testemunhal a “prostituta das provas”, ou seja, com a menor valoração possível. Como dito na busca da verdade real, tudo estava autorizado, de modo que a confissão obtida sob tortura era plenamente aceitável. Aqui a tortura torna-se prática comum cogente nos processos investigativos.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa não se aplicam aos processos regidos pelo sistema inquisitivo, eis que o acusado não é considerado sujeito de direito, passando a ser objeto da investigação. Afirma Rangel (2006, p. 46) que “No sistema inquisitivo, o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhe foram trazidas pelas partes, mas

visa convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação”.

Enfim, nesse sistema a regra é que não há publicidade dos atos processuais, o processo todo permanece em sigilo, sendo que nem o próprio réu tem acesso ao conteúdo do processo, muito embora todo o processo fosse formalmente escrito, e as provas em tese deveriam todas estar documentalmente juntadas ao processo.

Portanto, para Rangel (2006, p. 47) fica evidenciado que em nenhum Estado Democrático de Direito, haverá Espaço para um sistema processual que seja inquisitivo. Visto não haver compatibilidade entre os ditames do Estado Democrático que deve assegurar liberdades e garantia de respeito aos direitos fundamentais e os preceitos que norteiam os sistemas inquisitivos.

2.2.1.2 Sistema acusatório

O sistema acusatório é o contraponto do inquisitivo, aqui o juiz deve ficar imparcial, exercendo somente a função de julgar, não lhe compete dar início à ação penal “A posição equilibrada que o juiz deve ocupar, durante o processo, sustenta-se na ideia reitora do princípio do juiz natural [...]” (PRADO, 2006, p. 109). Entretanto, há uma exceção ao princípio da imparcialidade do juiz, que é a faculdade dele agir de ofício para a produção de provas que venham auxiliar na demonstração da inocência do acusado.

Ao tratar das características do sistema acusatório, Rangel (2006, p. 49), menciona:

Imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está distante do conflito de interesse de alta relevância social instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (CF. art. 130 do CPC).
(grifo do autor)

A função de acusação é exercida pelo Ministério Público nas ações penais públicas e excepcionalmente pelo ofendido – querelante – quando se tratar de ações privadas, “[...] as ações condenatórias que se entrega ao Ministério Público, no Brasil, são obrigatórias (desde que haja indícios de autoria e da existência da infração penal)” (PRADO, 2006, p. 112). Considera Jardim (2006, p. 44) que, “desempenha o Ministério Público uma função da maior importância, assumindo a titularidade da ação penal e produzindo prova no interesse da verdade, deixando o Juiz equidistante do conflito de interesses que, porventura, surja no

processo”. Por fim cabe também ao Ministério Público zelar pela correta aplicação da lei, agindo inclusive em defesa do réu quando constatar a improcedência da acusação inicial.

Já, a defesa é exercida por procurador constituído ou nomeado e devidamente capacitado para a defesa técnica, “os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas” (RANGEL, 2006, p. 49 grifo do autor). “A marca característica da Defesa no processo penal está exatamente em participar do procedimento, perseguindo a tutela de um interesse que necessita ser oposto a princípio daquele consignado à acusação” (PRADO, 2006, p. 121).

Marca ainda esse sistema o fato de que, em antecedência a ação penal, existe uma fase preliminar, administrativa de caráter instrutória, a fase do inquérito policial, que é coordenada pela autoridade policial subordinada ao poder executivo e não faz parte da ação penal. Nessa fase vigoram os princípios da inquisitorialidade e do sigilo, substituídos pelos princípios da publicidade, da ampla defesa e do contraditório tão logo seja iniciada a persecução criminal.

Jardim (2007, p. 44) considera que,

O inquérito policial, além de fornecer justa causa à acusação penal, destina-se à apuração das infrações penais com todas as circunstâncias e desempenha em nosso sistema processual uma função da maior relevância, pois permite ao titular da ação fazer imputação perfeitamente individualizada e certa, evitando-se processos prematuros e absolutamente infundados.

Em função desse caráter inquisitório do procedimento administrativo, em que não é dada ao acusado a oportunidade de produzir e contraditar provas e de acompanhar abertamente o desenrolar do inquérito, é que não devem ser levados em consideração para a prolação da sentença os elementos que ali estejam juntados. Pois “O magistrado que se afasta das provas produzidas em juízo e busca fundamentar a sentença em informações colhidas na etapa investigatória, certamente, não estará a fazer justiça, mas sim a exercitar seu poder inquisitorial com requintes de crueldade” (CARVALHO, 2010, p. 32).

Noutro ponto, já não é mais concebível que as provas possuam valoração, tal qual acontece nos sistemas inquisitivos, sendo latente aqui a premissa da inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos, consoante previsão do art. 5º, LVI³¹ da Constituição Federal (CF). Ainda, no sistema acusatório vigora o princípio do livre convencimento motivado, ou seja, o juiz aprecia de maneira livre as provas que lhe são apresentadas, atendo-se ao teor do que consta na acusação e do alegado pela defesa, devendo

³¹ LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

justificar a sua decisão com base, portanto, no que consta no processo, a título que prevê o art. 157³² do CPP c/c o art. 93, IX da CF.

Em suma, esse é o sistema processual penal adotado pelo direito brasileiro, ao mesmo tempo em que Carvalho (2010, p. 38) reconhece esse fato aproveita para manifestar-se a respeito do descompasso entre o processo penal militar e o sistema processual adotado pela Constituição de 1988, afirmando,

[...] que o sistema adotado no ordenamento jurídico é o acusatório, melhor dizendo, sistema constitucional acusatório, isso porque as normas e princípios que compõem e constituem tal sistema foram erguidos à garantia constitucional pelo legislador constituinte. Dessa forma, a opção constitucional pelo sistema acusatório conduz a uma releitura de todas as normas de direito processual penal pátrio, no caso específico do Direito Processual Penal Militar, de forma a compatibilizá-las, na medida do possível, com a ordem constitucional vigente.

Nesse sentido, Oliveira (2009, p. 9) afirma “[...] pode-se qualificar o processo penal brasileiro como um modelo de natureza acusatório [...]”. Jardim (2007, p. 44-45) também concorda com esse entendimento, malgrado afirme a existência de diplomas legais que remetam ao sistema inquisitório, chegando a afirmar que o projeto do novo código de processo penal é comprometido com essa teoria e tende a “purificar ao máximo o sistema acusatório”. Prado (2006, p. 176) afirma “[...] que a partir de 1988, com a nova Constituição, o processo penal brasileiro realmente aderiu ao modelo acusatório [...]”, bem como Rangel (2006, p. 49) que diz “Hodiernamente, no direito pátrio, vige o sistema acusatório [...]”.

2.2.1.3 Sistema misto ou acusatório formal

Diz-se que esse sistema é misto, por ser uma reunião do sistema acusatório vigente em Roma com o sistema inquisitivo vigente durante o período medieval das monarquias absolutistas.

Para Rangel (2006, p. 50) tal sistema costuma ser dividido em duas etapas processuais, sendo a primeira, uma fase de caráter instrutório que objetiva colher elementos e indícios suficientes para que se possa oferecer a denúncia. Essa fase é conduzida pelo juiz, que fica

³² Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

responsável também por efetuar a acusação, e é regida pelos princípios que norteiam o sistema inquisitivo – o procedimento é escrito e secreto, ao investigado não é dado direito ao contraditório e ampla defesa sendo ele considerado mero objeto da investigação.

A segunda fase de cunho propriamente judicial inicia-se com a acusação propriamente dita, sendo feita pelo Ministério Público, após coletadas provas e indícios suficientes de autoria e materialidade durante a fase preliminar. Nesse momento vigoram os princípios que norteiam o sistema acusatório – publicidade, igualdade de direitos entre as partes, contraditório e ampla defesa, devido processo legal, sendo que todos os atos processuais são praticados em audiência. Ao denunciado é garantida a presunção de inocência incumbindo exclusivamente ao ministério público, órgão de acusação, a prova de que o acusado é o autor do fato.

O inconveniente deste sistema é o fato de que o juiz, ao conduzir os procedimentos preliminares não está sendo resguardado na sua imparcialidade, que estando à mercê das influências externas coloca em risco seu equilíbrio e, portanto, compromete a confiança do acusado de que a jurisdição se aterá ao que restar comprovado no processo. Nesse sentido o posicionamento de Prado (2006, p. 175) é de que o princípio da imparcialidade exige do juiz, “[...] que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório”.

Tratando ainda dos inconvenientes desse sistema, menciona-se o fato de não haver motivo para que não seja atribuída essa tarefa ao ministério público, uma vez que este é o responsável por oferecer a denúncia e conduzir a acusação, essa incumbência só o aproxima do seu desiderato, pois poderá prever as necessidades que terá durante o processo formando o seu convencimento quanto ao delito.

Por fim, pode surgir dúvida a respeito de que o sistema processual penal brasileiro pudesse não ser acusatório e sim misto, devido à semelhança da fase preliminar do sistema misto com o inquérito policial do acusatório. De pronto, torna-se possível afirmar que não é, haja vista que a fase do inquérito policial não se trata de uma fase processual, e sim de uma fase administrativa e preparatória para a denúncia, a qual é conduzida pela polícia judiciária sob supervisão do ministério público. Ademais, no modelo de processo brasileiro, muito embora a semelhança entre as fases instrutórias, aos detentores do poder jurisdicional não é incumbida outra tarefa que não a de conduzir a fase processual - que inicia-se com a denúncia - e julgar, de modo a resguardá-lo na sua imparcialidade e impessoalidade.

2.2.2 Princípios processuais constitucionais

Dada à vasta gama de princípios constitucionais, de natureza processual penal, consolidados na Constituição de 1988, os quais objetivam precipuamente resguardar os direitos e garantias fundamentais compatibilizando o processo com os princípios democráticos, obtém-se que o processo penal já não comporta mais aplicação amparada exclusivamente na legislação processual ordinária – Código de Processo Penal e Código de Processo Penal Militar. Por certo, então, é que deve-se “[...] vincular a aplicação do direito e, assim, do Direito Processual Penal, à tutela e à realização dos direitos humanos, postos como fundamentais na ordenação constitucional [...]” (OLIVEIRA, 2009, p. 27).

O pronunciamento de Rangel (2006, p. 7) é de que “O Estado, sendo o titular do *ius puniendi*, tem na realidade, o poder-dever de punir, mas deve, também preservar a liberdade do indivíduo através do instrumento de tutela de ambos os interesses: o processo penal”. (grifo do autor)

Destarte, considerando-se o processo penal como sistema jurídico que propicia a efetivação do poder punitivo estatal e por consequência do próprio direito penal, estando subordinado aos fundamentos constitucionais pela importância dos direitos e garantias que o processo tutela deve também este ramo do direito estar regido por princípios constitucionais nos termos do que foi tratado em relação ao direito penal.

Considerando-se então que “A opção constitucional pelo sistema acusatório exige um processo penal garantista, de modo que venha a dar eficiência aos princípios e regras caucionados na Lei Maior” (CARVALHO, 2010, p. 15).

Na sequência passa-se ao estudo de alguns princípios constitucionais do processo penal que mantenham estreita relação com o objetivo principal do presente estudo.

2.2.2.1 Devido processo legal

Consubstanciado no art. 5º, LIV³³ da CF, julga-se ser ele um dos mais importantes do

³³ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Estado Democrático de Direito. Dele resulta que para haver a possibilidade de cerceamento do direito de liberdade, durante o processo deverão ser observados todas as formalidades e preceitos previstos em lei. Este princípio associado a outros dispositivos inseridos na Constituição como direitos e garantias fundamentais, implicam no reconhecimento de que o constituinte estabeleceu no Estado Democrático brasileiro que “A liberdade é a regra; o cerceamento à liberdade de locomoção a exceção” (RANGEL, 2006, p. 4).

Frise-se ainda, a ressalva feita por Carvalho (2010, p. 17), que entende ser este princípio muito mais abrangente do que o simples cumprimento das formalidades e procedimentos previstos em lei, afirmando que,

O devido processo legal não poderá ser entendido como a simples observância do rito estabelecido na norma processual ou o simples atendimento aos comandos normativos. Há, sobretudo, o dever de obediência ao sistema constitucional acusatório, bem como ao círculo de garantias constitucionais e internacionais em torno do ser humano, como forma de assegurar a sua dignidade.

Decorre, que deste princípio regulamentador de todo o funcionamento processual penal, emergem todos os demais princípios que se aplicam ao processo penal, sendo este princípio norma genérica, da qual se subentende que todos os demais princípios e regras devem ser observados no exercício da jurisdição para que realmente se efetive o devido processo legal. Portanto, se os princípios que se passa a discorrer na sequência não forem observados, por certo este também não o estará sendo.

2.2.2.2 Verdade processual

De fato o que se busca com a instrução probatória é chegar à realidade dos fatos, entretanto o conteúdo do processo não necessariamente indicará com exatidão o teor do fato ocorrido e, portanto não se estará diante da verdade real, mas diante de uma verdade processual que é aquela que se encontra nos autos, desde que seguindo o devido processo legal.

Em função da conjuntura do processo penal pós-Constituição de 1988, vigoram inúmeras garantias constitucionais e já não se permite que no exercício da jurisdição, abdique o juiz de sua condição de julgador imparcial, para assumir a postura de inquisidor, enquanto permeia a busca da dita “verdade real”. Princípio este que é citado como norteador do processo penal, mas que deve ser observado com cautela haja vista as limitações impostas pelos princípios da imparcialidade, vigente no sistema acusatório, da inércia do juiz e da

inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos no processo.

Continuar a admitir a busca da verdade real (nos moldes do que previa o sistema inquisitivo) como o objetivo do processo penal seria colocar em risco o princípio da presunção de inocência. Pois a partir do momento em que o juiz passa a agir ativamente na produção de provas, já está demonstrando e fazendo juízo de valor, de modo que o réu já não estará mais sendo presumido inocente e, portanto “o processo passa a ser mero mecanismo formal a ser percorrido, a legitimar decisão condenatória previamente concebida, com natureza de inquisição” (CARVALHO, 2010, p. 32).

Além do que, dessa maneira se estará invertendo o ônus da prova, o qual passa a ser do acusado, que terá então o dever de provar para o juiz que não delinuiu, sendo que na verdade deveria ser esse ônus todo da acusação, a qual deveria convencer ao juiz da culpa do acusado. Ademais, permitir que isso aconteça em nome de uma verdade absoluta seria retroceder, colocando em risco a confiança que o cidadão tem de que o sistema penal é seguro e justo e não se trata de um mero meio de controle da criminalidade.

É nesse sentido que se deve aderir ao posicionamento (RANGEL, 2006, p. 7), que entende que “A verdade é processual. São os elementos de prova que se encontram dentro dos autos que são levados em consideração pelo juiz em sua sentença. A valoração e a motivação recaem sobre tudo que se apurou nos autos do processo”. E, portanto, é somente do que se encontra juntado nos autos que o juiz deverá formar sua convicção no intuito de que possa prolatar sua sentença motivadamente, a título do que prescreve o art. 155³⁴ do CPP.

De modo “[...] que as provas existentes no processo contra o imputado devem ser robustas [...]” (CARVALHO, 2010, p. 57), caso não sejam elas aptas a convencer o magistrado da acusação feita, sem que lhe reste sombra de dúvidas quanto à autoria e materialidade dos fatos, deverá este absolver o réu, com fulcro no princípio in dubio pro reo, pois como citado anteriormente a regra é a liberdade e o seu cerceamento é a exceção.

2.2.2.3 Contraditório

É uma consequência do princípio do devido processo legal e do sistema acusatório,

³⁴ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

vigentes no processo penal brasileiro. Daquele princípio se obtém que para chegar à verdade processual faz-se necessário dar ao acusado a oportunidade apresentar a sua versão dos fatos, contradizendo os fatos apresentados pela acusação. Por outro lado é do sistema processual brasileiro que se obtém que as partes são iguais em direitos e obrigações na relação processual, assegurando-se, portanto, tanto à acusação quanto à defesa a possibilidade de retorquir as alegações da outra parte, bem como de produzir as provas que achar necessário.

Encontra-se o princípio do contraditório regulamentado como direito e garantia fundamental, no art. 5º, LV³⁵, da CF e, portanto devem ser consideradas inconstitucionais as disposições que contrariem este princípio. Convém lembrar que, via de regra, esse princípio não tem guarida na fase pré-processual – do inquérito policial – momento em que a intenção é somente juntar elementos probatórios capazes de fundamentar a denúncia, eis porque a jurisdição não deve motivar sua decisão com base em elementos juntados exclusivamente nessa fase de caráter inquisitivo. Sendo assim, “[...] não deve o magistrado levar em consideração informações constantes no inquérito policial para a prolação de sentença, ou mesmo valora-las sem que tenham passado pelo crivo do contraditório em juízo” (CARVALHO, 2010, p. 31).

Justamente por serem as provas produzidas sob aquele regime inquisitivo é que devem ser desconsideradas, estando a sentença prolatada com base exclusivamente nestas provas fadada à nulidade.

2.2.2.4 Presunção de inocência (estado de inocência)

Decorre tal princípio do art. 5º, LVII³⁶ da CF. e, como muitos dos princípios do direito processual penal, tem ele sua origem no movimento iluminista. É fruto de uma luta histórica em que se vislumbrou a necessidade de substituir a condição de objeto a que o acusado era submetido nos processos inquisitivos, sendo tratado desde a denúncia como culpado e, que culminou com o surgimento e adoção do sistema acusatório pela maioria dos Estados democráticos, quando então passou o acusado a ser considerado sujeito de direitos, não sendo mais concebível que ele seja, antes de transcorrido o devido processo legal, que é outro

³⁵ 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.

³⁶ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

princípio vigente no sistema acusatório, considerado culpado da conduta ilícita.

Afirma Oliveira (2009, p. 37) que deste preceito extraem-se duas consequências para a jurisdição, a primeira é de que durante o processo o réu não pode sofrer cerceamento de liberdade fundamentada apenas na hipótese de uma condenação e, a segunda é a de que o ônus da prova no tocante à autoria e materialidade dos fatos constantes da denúncia são de inteira responsabilidade da acusação.

Portanto, tal princípio, corporifica os direitos e liberdades fundamentais vigentes no Estado Democrático de Direito em que se vive. Assegurando que será o acusado tratado de maneira igual a qualquer outro cidadão que não responda a processo, até o momento em que haja sido definitivamente condenado pelo poder jurisdicional, coibindo deste modo os arbítrios do Estado. Do Estado de inocência extrai-se que enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da sentença, não pode haver prisão sem justa causa, a qual só se dará para garantir a efetividade do processo ou da jurisdição penal.

2.2.2.5 Princípio do favor rei

Em consonância com os princípios da verdade processual e da presunção de inocência, deste princípio é possível ser subentendido, consoante o posicionamento de Rangel (2006, p. 32) que “Trata-se de regra do processo penal que impõe ao juiz seguir tese mais favorável ao acusado sempre que a acusação não tenha carreado prova suficiente para obter a condenação”.

Em suma é deste princípio mais abrangente que decorre o princípio do *in dubio pro reo*, ou seja, se o juiz estiver na dúvida quanto à culpabilidade do acusado, pois não conseguiu a acusação provar cabalmente, convencendo-o dos fatos imputados, deve ser o acusado absolvido, para que não se corra o risco de sancionar penalmente um inocente, cometendo, por conseguinte uma injustiça penal.

Ademais, diante de tantos crimes que permanecem na cifra negra, qual é o problema que mais um reste na impunidade diante da incerteza da autoria ou da materialidade, o que não se pode conceber é que uma pessoa inocente seja aprisionada por que na dúvida decidiu-se a favor do Estado ou da sociedade, fadando um inocente ao cumprimento de pena.

2.2.2.6 Direito a não auto-incriminação

Garantia constitucional decorrente de análise conjunta do art.5º, II³⁷ e LXIII³⁸, consubstancia-se na possibilidade que assiste ao réu de não participar de forma ativa na produção de provas que possam vir a incriminá-lo. Esse princípio não apenas “[...] permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que ele seja compelido a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse” (OLIVEIRA, 2009, p. 32).

No tocante a esse princípio Neves (2008, p. 329-330) afirma que,

[...] como bem se firmou com o passar dos tempos, ninguém está obrigado a produzir prova que possa ser usada contra si próprio (*nemo tenetur se detegere*), constituindo-se em um direito público subjetivo do suspeito, corolário do princípio da presunção do estado de inocência, grafado no inciso LVII do art. 5º da CF. Essa construção, note-se, impede que se tome qualquer medida contra o recalcitrante suspeito que se negue a fornecer material orgânico, seja na esfera penal (crime de desobediência, por exemplo), seja na esfera disciplinar, visto que os princípios enumerados não se restringem somente ao direito penal ou processual penal, mas possuem *status* constitucional. (grifo do autor)

Não se trata de simplesmente garantir ao acusado a possibilidade de mentir no processo, mas de assegurar que possa ele se auto-defender das imputações feitas pelo Estado, e para tal desiderato não poderia ele ser obrigado a colaborar com a acusação. Ademais, devido ao estado de inocência, a comprovação das alegações não compete ao denunciado e sim a acusação, além do que, por se estar tratando de um sistema processual acusatório, não é concebível que o réu esteja obrigado a falar a verdade.

Assim reconhece Lopes Júnior afirmando que,

O sujeito passivo encontra-se protegido pela presunção de inocência e a totalidade da carga probatória está nas mãos do acusador. O direito de defesa, especialmente sob o ponto de vista negativo, não pode ser limitado, principalmente porque a seu lado existe outro princípio básico, muito bem apontado por CARNELUTTI: **a carga da prova da existência de todos os elementos positivos e a ausência dos elementos negativos do delito incumbe a quem acusa**. Por isso, o sujeito passivo não pode ser compelido a auxiliar a acusação a liberar-se de uma carga que não lhe incumbe. (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 234).

Portanto, pode o réu permanecer calado ou manifestar-se, sem, contudo, estar obrigado a falar a verdade, recusar-se a participar de reconstituição dos fatos, a fornecer material para exames periciais, etc. sendo esse direito assegurando-lhe no tocante a tudo que possa vir a prejudicá-lo.

³⁷ II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

³⁸ LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

2.3 Teoria geral da prova

A sentença proferida pelo juiz é, ou deveria ser, o exato reflexo do juízo de valor acerca das provas juntadas ao processo. Destarte pode-se afirmar que as provas é que fornecerão os elementos para que o juiz se convença da existência e autoria de um determinado fato delituoso, vindo a condenar ou absolver aquele que se encontra na qualidade de acusado.

“Por isso, diz-se que provar nada mais significa que a demonstração do que se pretende; de um lado, o órgão da acusação procura demonstrar sua pretensão punitiva e, de outro, o acusado, procura de todas as maneiras contradizê-lo, na pretensão de sua defesa [...]” (LOUREIRO NETO, 2000, p. 35).

Oliveira (2009, p. 289) reconhece na prova judiciária o objetivo de “reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo” (grifo do autor).

Assim, pode-se afirmar que a principal finalidade da prova é o convencimento do juiz, principal destinatário dessa verdade, pois é a ele que se objetiva informar os fatos e convencer do que se está alegando, quer seja na acusação quer seja na defesa, de modo que possa ele por meio da sentença emitir seu juízo de valor a respeito dos fatos e exclusivamente dos fatos que tomou conhecimento.

2.3.1 *A verdade real ou processual?*

A aplicação de punição aos atos delituosos sempre buscou se amparar nas provas, as quais ficam responsáveis por fornecer uma suposta verdade dos fatos. Inicialmente essa verdade era obtida por meio das ordálias e dos juízos de deus, testes a que o suposto criminoso era submetido, e que se conseguisse cumpri-los era então considerado inocente.

A concentração do poder punitivo nas mãos do Estado, implicou numa atuação mais efetiva do direito junto as lides penais, culminando com a racionalização dos meios de prova. Consoante a isso, a posição de sujeito de direitos que o acusado passou a ocupar dentro da

relação processual penal, implicou que “Por mais difícil que seja e por mais improvável que também seja a hipótese de reconstrução da realidade histórica (ou seja, do fato delituoso), esse é um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional” (OLIVEIRA, 2009, p. 290).

Entre os meios de prova na origem do processo penal e a maneira como as provas são vistas e obtidas atualmente muito se percorreu em termos de direito. Nesse percurso o Estado deixou de ser tido como simples meio de opressão e passou a ser encarado como um ente garantidor de direitos. A punição deixou de ser a regra e passou a ser a exceção, ao menos doutrinariamente falando e, assim, não mais se concebem condenações sem que se busque a realidade dos fatos. De modo que a decisão do magistrado deverá ser motivada, enumerando os fatos e motivos que o impeliram a condenar ou absolver o acusado. Assim, “Para haver condenação, exige-se que o magistrado tenha chegado ao estado de certeza, não valendo a mera probabilidade [...]” (NUCCI, 2008, p. 338).

Entretanto, a teor do que já foi tratado neste trabalho, com a consolidação da CF de 1988 no Brasil instalou-se o modelo processual acusatório compatibilizado pelo amplo sistema de garantias individuais previstas na Carta Magna e por pactos internacionais ratificadores dessas garantias, já não mais se pode conceber o juiz como agente de acusação a teor do que prevê o CPP de 1941 ao reservar àquele amplos poderes probatórios.

Neste momento já não mais há como admitir o juiz suprimindo as deficiências da acusação, substituindo o Ministério Público na sua atuação. Nesse tom afirma Oliveira (2009, p. 294) que “[...] desde 1988, tal não mais é possível. A igualdade, *a par conditio* (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e de atuação, do juiz, impedem-no”. (grifo do autor).

Desta forma,

[...] nenhuma providência deve ser tomada de ofício pelo magistrado, para fins de preservação de material a ser colhido em fase de investigação criminal. Nem prisão de ofício e nem qualquer outra medida acautelatória, até porque o que deve ser acautelado em tais situações, é a investigação e dela não há de cuidar e nem por ela responder o órgão da jurisdição. (OLIVEIRA, 2009, p. 297).

Sendo assim,

O juiz deve, ainda, conformar-se com a atividade probatória das partes. [...] deve manter sua posição de espectador, de alheamento, pois só isso garante sua imparcialidade (e a visibilidade dela), assegura a dialeticidade, a igualdade de oportunidade e tratamento às partes. Assim, na formação de seu convencimento, jamais deve assumir a posição de juiz-ator, buscando e diligenciando de ofício para colher a prova. (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 273).

Subentende-se que caso o magistrado passe a interferir ativamente na acusação se

estará ferindo gravemente os princípios da isonomia e igualdade de possibilidades processuais das partes, considerando-se que nessa relação entre Estado e acusado este se encontra em relação de inferioridade já que aquele é responsável por toda a persecução penal, desde o inquérito até o processo. De modo que entende a doutrina garantista, não ser possível ao magistrado suprir as deficiências e ausências da acusação³⁹, enquanto por outro lado se aceita a possibilidade dele agir em favor do acusado quando perceber deficiente ou falha a atuação da defesa.

Desta forma, pode-se afirmar que a verdade a ser buscada no processo penal não pode ser a verdade real, perseguida a qualquer custo, na qual tudo está autorizado, mas sim uma verdade processual, obtida conforme os relatos e as provas produzidas e constantes no processo, onde o juiz possa estar imparcial e livre das influências externas. Desta forma,

A decisão de um juiz somente é legítima quando calcada na prova produzida no processo. Significa uma limitação ao que está nos autos e que lá tenha regularmente ingressado. Conduz, assim, ao rechaço total do substancialismo e também da admissão e valoração da prova ilícita. Mas não basta estar no processo, é necessário que se revista da qualidade de ‘ato de prova’, ou seja, aquela colhida na fase processual, com plena observância do princípio da jurisdicionalidade. Isso conduz a uma repulsa a possibilidade de o juiz formar sua convicção a partir dos atos de investigação, realizados na inquirição do inquérito policial. (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 272).

Destarte, a motivação da decisão judicial não poderá se dar com base em elementos colhidos na fase do inquérito, consoante disposição do art. 155, CPP, exceção feita às provas irrepetíveis, haja vista tratar-se o inquérito de procedimento de caráter eminentemente inquisitorial, no qual não são respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Lopes Júnior (2005, p. 258) manifesta-se no sentido de que “A limitação dos atos de investigação está justificada pela forma mediante a qual são praticados os atos do inquérito policial: secretos, escritos, ausentes o contraditório mínimo e o respeito ao direito de silêncio”, nos exatos termos do que foi tratado no item 2.2.2.3. Assim, se a motivação se der com base exclusivamente nas provas colhidas na fase do inquérito, estará ela eivada de vício insanável e, portanto, a sentença será nula.

³⁹ Na contramão dos ensinamentos pregados pela doutrina garantista, no ano de 2008, por meio da lei 11.690, o Art. 156 do CPP passou a vigor com nova redação, prevendo a possibilidade de o juiz agir de ofício, ordenando, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; bem como determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

2.3.2 Sistema de apreciação de provas

No processo penal as provas desempenham uma função muito específica que é de munir o magistrado de elementos, que demonstrem e reconstruam a realidade histórica, permitindo-lhe pronunciar-se quanto à verdade dos fatos formando com isso a coisa julgada, bem como exercendo uma função política ao justificar para população os motivos da decisão tomada.

O ponto chave dessa questão reside na forma como se dará a apreciação dessas provas por parte do julgador, que por certo não deve estar completamente livre para decidir, evitando arbitrariedades; mas, que também não deve estar restrito a valores taxados pelo legislador para determinado meio de prova, destarte prossegue-se no estudo dos três principais sistemas de apreciação de provas para que se consiga identificar como o julgador forma a sua convicção a respeito do fato delituoso, no processo penal brasileiro.

2.3.2.1 A íntima convicção ou certeza moral

Pelo sistema da íntima convicção o magistrado tem liberdade para pronunciar-se exclusivamente segundo a sua convicção, não estando obrigado a fundamentar sua decisão, sendo-lhe concedida a possibilidade de julgar de acordo com elementos que não se encontrem nos autos, bem como segundo as suas experiências particulares, por isso diz-se que esse sistema é de íntima convicção ou de certeza moral. Vigeu plenamente durante o período inquisitorial quando os poderes conferidos ao juiz eram excessivos.

Segundo Nucci (2008, p. 339) “[...] é o método concernente à valoração livre ou à íntima convicção do magistrado, significando não haver necessidade de motivação para as suas decisões. É o sistema que prevalece no tribunal do júri, visto que os jurados não motivam o voto”. Vale mencionar que existem doutrinadores que não concordam com esse sistema que vige no tribunal do júri, argumentando que “a decisão do tribunal do júri deve ser fundamentada para ser compatível com a Constituição, a fim de nos afastarmos de forma efetiva do arbítrio e do despotismo que inspira os regimes autoritários” (RANGEL, 2007, p. 443).

Esse sistema é considerado falho, pois deixa o réu aos desígnios do magistrado,

permitindo-lhe utilizar-se de toda a discricionariedade que estiver ao seu alcance. Como a intenção é dar liberdade ao julgador, mas mantê-lo sob controle para que não extrapole suas atribuições no exercício da atividade judicante, este sistema torna-se impróprio para os modelos democráticos, além do que não se compatibiliza com a previsão do art. 93 IX da CF⁴⁰, exceção feita ao tribunal do júri no qual predominam os princípios vigentes no art. 5º XXXVIII da CF⁴¹.

2.3.2.2 A prova tarifada ou sistema de provas legais

No sistema de prova tarifada cada prova tem um valor pré-atribuído pelo legislador. Significa dizer que ao magistrado não é dado o poder discricionário para avaliar qual das provas tem maior aptidão à comprovação do ilícito penal. Neste caso, se a legislação exigir determinado tipo de prova para a comprovação de um determinado crime, não pode o juiz condenar ao apreciar outro tipo de prova, mesmo que apta de igual forma a demonstrar a verdade dos fatos. Esse sistema nasceu com o objetivo claro de suprimir o poder dos juízes no momento do julgamento, e nele antes mesmo do julgamento já se sabia o valor de cada tipo de prova. E, “Como, para a obtenção da condenação, era necessária a obtenção de certo número de pontos, quando não se chegava a esse número, a prova era obtida a partir da tortura, já que essa fazia prova plena” (OLIVEIRA, 2009, p. 299, grifo do autor).

Consoante o entendimento de Rangel (2007, p. 445) “Em verdade, o sistema das regras legais é a desconfiança que o legislador tem do juiz. Estabelece-se, assim, a certeza moral do legislador. Em termos de provas, não vale mais o que o juiz diz, mas, sim, o que o legislador estabelece como meio de prova prioritário”.

Pode-se afirmar que o juiz não julga, tratando-se ele de um mero matemático calculando os valores atribuídos às provas de modo a verificar se condena ou não o acusado de acordo com a soma apresentada, não importa se o magistrado chegou ou não estado de certeza, importa sim se determinada prova está presente mesmo que contrária a todo um outro

⁴⁰ IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

⁴¹ XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

conjunto probatório.

A regra é a não vigência desse sistema no processo penal brasileiro, com algumas exceções, como é o caso do art. 158 do CPP⁴² que exige o exame de corpo de delito para comprovar a materialidade do ilícito penal que deixar vestígios, vedando a sua produção por meio de confissão.

2.3.2.3 O livre convencimento motivado: persuasão racional

Nesse sistema o magistrado é livre para formar seu convencimento não vinculando-se a valores prefixados para qualquer tipo de prova. Tem a faculdade de aderir a uma tese ou prova que no conjunto probatório lhe parecer mais robusta e convincente.

Não há valoração das provas nesse sistema e nem mesmo uma hierarquia entre elas, a confissão que era considerada prova cabal da culpa do acusado já não tem esse condão, nas palavras de Rangel, (2007, p. 446) “Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra”.

Trata-se do sistema adotado majoritariamente pelo processo penal brasileiro, que encontra, inclusive, fundamento na Constituição Federal (art. 93 IX), significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato. (NUCCI, 2008, p. 339).

Embora o convencimento do juiz seja livre está ele obrigado a relacionar os motivos que o levaram a considerar determinada prova em detrimento de outra, utilizando nesse relato de uma argumentação racional, de modo que as partes possam contraditar os pontos eventualmente considerados pelo julgador no momento da prolação da sentença, esse é um requisito previsto constitucionalmente no art. 93 IX da CF e que se não cumprido poderá acarretar em nulidade da decisão.

Consoante ensinamento de Lopes Júnior (2005, p. 271), muito embora as provas não possuam maior ou menor valoração umas em relação às outras, restando autonomia ao juiz para decidir, não pode ele substituir as provas, exclusivamente, por suas íntimas convicções. De forma que “ainda que o juiz não esteja vinculado ou adstrito à vontade da maioria, tampouco deve-se avalizar uma decisão que reflita ‘somente a decisão do juiz’. Aí a

⁴² Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

necessidade de que a decisão seja reconhecida como justa e, por isso, respeitada”.

A motivação da sentença deverá ser feita com base somente nas provas que se encontram nos autos e sendo assim foram produzidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa, pois tornadas conhecidas das partes, de modo que se algo diverso ocorrer essa decisão estará fadada à nulidade.

Deste modo, percebe-se que a Constituição Federal, utilizando-se de toda sua força e conteúdo normativo apresentou, juridicamente falando, o Estado brasileiro à democracia, introduzindo amplos direitos e garantias, tanto individuais como coletivos e, deste modo inovou na forma como devem ser compreendidos o Direito penal e o Direito Processual Penal.

Estas legislações que via de regra antecedem ao texto constitucional vigente, agora vêm-se forçadas a se adequarem a esses novos paradigmas introduzidos pela constituição, tendo então que seguir uma infinidade de princípios e regras constitucionais voltados para a proteção dos cidadãos em detrimento do poder coercitivo estatal.

Nesse contexto de iminentes mudanças, quase sempre muito resistidas por algumas parcelas mais abastadas da população e por alguns membros do próprio judiciário, deve-se, com a devida vênia, mencionar a importância do Poder Judiciário que imprime por meio de seu poder coercitivo uma releitura e readequação destes diplomas e seus conteúdos aos ditames do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO III

3 O CRIME DE EMBRIAGUEZ MILITAR NUMA VISÃO PRINCIPIOLÓGICA E DEMOCRÁTICA DO DIREITO: UMA CONDUTA DESCRIMINALIZÁVEL QUE CONTINUA GERANDO CONTROVÉRSIAS NA SUA APURAÇÃO

A Constituição Federal estabeleceu por meio de seus artigos 42⁴³ e 142⁴⁴ que as Forças Armadas (exército, marinha e aeronáutica) bem como as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares são instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina. Isso especificamente no intuito de conferir-lhes espírito de corpo e, por conseguinte, uma maior eficiência a essas organizações que têm como premissa maior a manutenção da soberania nacional, a defesa da pátria, dos poderes constitucionais, da lei, da ordem e de uma forma mais aparente da segurança pública.

A proteção oferecida às instituições militares na busca de sua regularidade e na manutenção da hierarquia e disciplina se dá precipuamente de duas maneiras, a primeira utiliza-se do direito administrativo valendo-se de sindicâncias, processos administrativos entre outras formas de apuração, devidamente estabelecidas nos regulamentos disciplinares militares, os quais em geral têm um caráter muito rigoroso. A segunda utiliza-se da tutela penal manifestada por intermédio do Código Penal Militar o qual criminaliza uma infinidade de condutas consideradas ofensivas à organização militar e a manutenção da hierarquia e disciplina, tidas como essenciais ao seu bom funcionamento.

⁴³ 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. (grifo nosso).

⁴⁴ Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, **são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina**, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (grifo nosso).

Não obstante, o reconhecimento da importância da hierarquia e disciplina nas instituições militares há também que se reconhecer que todos os demais órgãos da administração pública, bem como as instituições privadas, são erigidas e fundamentadas nos princípios de hierarquia e disciplina, pois de certa forma são eles essenciais para a manutenção da regularidade administrativa.

Constata-se essa situação na distribuição de cargos e funções, na obediência aos superiores e no respeito aos pares, bem como no bom desempenho que estas organizações não militarizadas demonstram tanto administrativa quanto financeiramente. Evidenciando que para o bom funcionamento de qualquer organização se prescinde de uma legislação penal específica que criminalize atitudes ofensivas à hierarquia e disciplina,

Contrariamente a essa constatação, verifica-se que a hierarquia e disciplinas militares são penalmente tuteladas, como é o caso do “desrespeito ao superior” previsto no art. 160⁴⁵, ou ainda a previsão do art. 171 do CPM⁴⁶, “uso indevido por militar de uniforme, distintivo ou insígnia”.

Tipificações penais que infringem, logicamente, os princípios da hierarquia e da disciplina, mas que poderiam razoavelmente ter sua apuração e punição restritas à esfera administrativa a exemplo do que acontece no restante da administração pública ou, como dito, nas próprias organizações privadas.

É nesse contexto, enquanto tipificação penal, destinada à manutenção da hierarquia e disciplina militares constitucionalmente asseguradas, que se insere o crime de embriaguez militar, o qual é tema do presente capítulo, momento em que serão analisadas algumas de suas especificidades, os problemas que envolvem a sua comprovação, bem como a possibilidade de sua descriminalização.

3.1 Peculiaridades do delito de embriaguez militar

A preocupação com a ocorrência da embriaguez entre os militares remonta o século

⁴⁵ Art. 160. Desrespeitar superior diante de outro militar: Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave. Desrespeito a comandante, oficial general ou oficial de serviço. Parágrafo único. Se o fato é praticado contra o comandante da unidade a que pertence o agente, oficial-general, oficial de dia, de serviço ou de quarto, a pena é aumentada da metade.

⁴⁶ Art. 171. Usar o militar ou assemelhado, indevidamente, uniforme, distintivo ou insígnia de posto ou graduação superior: Pena - detenção, de seis meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

XVIII, entretanto, no Brasil, tendo em vista a história recente de colonização, se comparada a outras civilizações de cultura milenar, tal preocupação somente refletiu nos militares brasileiros no ano de 1763, quando em Portugal foi compilado um código com vinte e nove artigos, intitulado de: Os Artigos de Guerra de Conde Lipe (LOUREIRO NETO, 1990, p. 39, 40).

Tal compilação demonstrava a preocupação com a embriaguez entre os soldados, tanto que dos vinte e nove artigos que dispunha três tratavam do assunto, referindo-se o seu art. 11⁴⁷ a comparecer a parada tão bêbado que não pudesse montar; o art. 12⁴⁸ a embebedar-se enquanto estivesse de sentinela e; o art. 24⁴⁹ a pratica de crimes estando bêbado, vigorando tais artigos até o ano de 1891 quando então foi publicado o Código Penal da Armada, o qual também se preocupou em reprimir a embriaguez em seu artigo 147⁵⁰, bem como o seu sucessor Código Penal Militar de 1944 que referia-se ao crime nos exatos termos tratados pelo CPM de 1969, o qual vigora atualmente (LOUREIRO NETO, 1990, p. 41-42).

O Código Penal Militar atual, ao tratar do Crime de embriaguez reproduziu em seu Artigo 202 o texto do CPM de 1944, sendo que ocorreu alteração apenas no que concerne à pena, a qual mudou de “detenção de um a dois anos” para “detenção de seis meses a dois anos”. Entretanto, o texto, objeto maior deste estudo, permaneceu com a seguinte redação: “Embriaguez em serviço: art. 202. Embriagar-se o militar, quando em serviço, ou apresentar-se embriagado para prestá-lo: Pena - detenção, de seis meses a dois anos”.

Trata-se de crime propriamente militar haja vista estar previsto no Código Penal Militar sendo inerente à função do ocupante de cargo militar e que, portanto somente por ele poderá ser cometido, cabendo lembrar que este crime não está disposto na legislação penal comum, adequando-se assim ao disposto no art. 9º, I, do CPM, em sua parte final.

Tal infração penal tem por escopo a proteção das instituições militares, como organizações propriamente ditas e que nesse contexto são os sujeitos passivos dessa infração penal, visando à manutenção da hierarquia e disciplina militar de forma muito mais rígida que

⁴⁷ Art.11. Aquele que faltar ao entrar de guarda, ou que for á parada tão bêbado, que não possa montar, será castigado no dia sucessivo com cinquenta pancadas de espada de prancha.

⁴⁸ Art.12. Se algum soldado se deixar dormir ou se embebedar estando de sentinela, ou deixar o seu posto antes de ser rendido, sendo em tempo de paz, será castigado com cinquenta pancadas de espada de prancha, condenado por tempo de seis meses a trabalhar nas fortificações, porém, se for em tempo de guerra, será arcabuzado.

⁴⁹ Art. 24. Se qualquer soldado cometer algum crime estando bêbado, de nenhum modo escusará do castigo a bebedice: antes, pelo contrário, será punido dobradamente, conforme as circunstancias do caso.

⁵⁰Art. 147 – Parágrafo Único: Todo o individuo ao serviço da marinha de guerra que, tendo sido designado para um serviço qualquer, for encontrado em estado de embriaguez, ou apresentar-se nesse estado para prestá-lo – pena de prisão com trabalho, de dois a seis meses.

a aplicável aos servidores civis, os quais somente podem, com base nas normas disciplinares, sofrer sanções que os levem à demissão ou mesmo ao afastamento compulsório para cuidar de sua saúde até que se restabeleça do vício, não havendo para os servidores civis o crime de embriaguez em serviço.

A necessidade dessa tipificação penal, segundo afirma Lobão (2006, p. 389), se justificaria pelo fato de que as instalações militares são carecedoras de maior zelo pelo poderio bélico que guarnecem, além de que a sanção criminal serve para manter a ordem das corporações militares, que são conhecidas pela forma rigorosa como conduzem a disciplina de seus integrantes.

O delito de embriaguez pode se conformar mediante a prática de duas condutas, quais sejam: a de quem se apresenta embriagado para prestar o serviço ou a de quem estando em serviço se embriaga.

Exige-se para a sua conformação o elemento subjetivo dolo, a intenção consciente de se embriagar. Admitindo Neves (2008, p. 334) “[...] que o dolo eventual existe e se mostra claramente na hipótese daquele que diz saber ‘beber socialmente’ ou daquele que, sabendo que estará de serviço no dia seguinte, bebe além da medida, chegando ao estado de embriaguez, e se apresenta para o início do serviço”.

A doutrina penal militar parece ser unânime em entender que mesmo estando o militar escalado para o serviço, se este não se apresenta para o trabalho e posteriormente é encontrado em estado de embriaguez, não será ele incurso neste tipo penal, havendo neste caso, pura e simplesmente uma transgressão disciplinar que será apurada por meio de processo administrativo. Pois, “[...] o militar embriagou-se na hora do expediente, sem estar em serviço, sem apresentar-se para prestar serviço” (LOBÃO, 2006, p. 391), de forma que não se encaixa perfeitamente no tipo penal o que, portanto, se constitui em fato atípico, não ensejando possibilidade de aplicação de sanção prevista no art. 202 do CPM.

Cumpre, ainda, salientar que além de responder criminalmente pelo delito de embriaguez militar, também está o infrator, cumulativamente, sujeito às punições previstas nos regulamentos disciplinares militares, a respeito do que leciona Loureiro Neto (1993, p. 27) “É assente que ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato, princípio esse válido tanto na esfera disciplinar como penal. Nada impede, contudo que pelo mesmo fato o militar possa sofrer sanções disciplinares como penais. Justifica-se, pois a jurisdição penal é independente da jurisdição administrativa”.

Não são raras as ocasiões em que o mesmo fato encontra-se penal e administrativamente tipificado. Como é, justamente, o caso deste delito e o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Santa Catarina⁵¹, no qual a embriaguez enquanto infração administrativa aparece descrita em seu artigo 111⁵², sendo que as punições cabíveis para a transgressão vão desde a advertência, repreensão, detenção, prisão e prisão em separado até o licenciamento e a exclusão a bem da disciplina.

Sendo que o regulamento não especifica qual dessas sanções é a cabível para esta transgressão disciplinar, ficando a punição a cargo do encarregado do processo administrativo de acordo com a classificação de gravidade que atribuir à transgressão, que poderá ser leve, média ou grave.

Vale lembrar que no caso específico da polícia militar de Santa Catarina, no concurso de crime de embriaguez e de transgressão disciplinar de embriaguez, prevalecerá a aplicação da pena relativa ao crime⁵³. A transgressão disciplinar somente será apreciada caso haja absolvição criminal ou a denúncia não seja recebida.

Por fim, deve-se ter em mente, que apesar da maioria dos casos de embriaguez ser proveniente de álcool, a doutrina, a jurisprudência e a própria legislação penal admitem a possibilidade de ser ela proveniente de outras substâncias.

Assim, muito embora o Código Penal Militar não deixe claro no tipo penal a origem da embriaguez e se acaso poderia ser ela proveniente de outra substância que não o álcool pode-se subentender; a partir de uma construção sistemática deste diploma e do tipo penal previsto no art. 279⁵⁴ do CPM, o qual trata do crime de embriaguez ao volante mencionando a possibilidade desta ser proveniente de outro inebriante; que também a embriaguez em serviço do art. 202 poderá ter origem em outras substâncias que não exclusivamente o álcool (NEVES, 2008, p. 333).

Nesse sentido entende Lobão (2006, p. 390) que “[...] a embriaguez resulta da ingestão de bebida alcoólica ou outra substância capaz de conduzir ao estado embriaguez, completa ou incompleta”.

⁵¹ RDPMSC - DECRETO N.º 12.112, de 16 de setembro de 1980.

⁵² 111) Embriagar-se ou induzir outro à embriaguez, embora tal estado não tenha sido constatado por médico;

⁵³ Art. 33 - A aplicação da punição deve obedecer às seguintes normas: [...] §1º - No concurso de crime e transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, deve prevalecer a aplicação da pena relativa ao crime, se como tal houver capitulação. §2º - A transgressão disciplinar será apreciada para efeito de punição, quando da absolvição ou da rejeição da denúncia.

⁵⁴ Embriaguez ao volante Art. 279. Dirigir veículo motorizado, sob administração militar na via pública, encontrando-se em estado de embriaguez, por bebida alcoólica, ou qualquer outro inebriante: Pena - detenção, de três meses a um ano.

Entendimento partilhado por Croce (2010, p. 123) o qual afirma que embriaguez “É a intoxicação alcoólica, ou por substância de efeitos análogos, aguda, imediata e passageira”.

De forma, que se torna possível afirmar no tocante ao crime de embriaguez militar, que pode ela ser proveniente de álcool ou outra substância que tenha capacidade de produzir efeitos análogos ao da embriaguez, a exemplo dos sintomas apresentados após o consumo de drogas, medicamentos e outras substâncias psicoativas que podem levar à dependência.

3.2 Caracterização do delito – os elementos do crime

É conveniente e pertinente que se faça uma construção a respeito do que é o crime, apreciando as condições consideradas essenciais pela doutrina para que seja possível identificar a sua ocorrência. Ou seja, para que se possa afirmar que a conduta praticada realmente se constitui em ilícito penal.

Enquanto que formalmente pode-se identificar o conceito de crime como aquela conduta legalmente proibida à qual quando infringida cabe sanção penal ou; conceituá-lo sob a ótica material como a conduta que infringe os valores sociais dominantes e como tal deve ser proibida pela imposição de uma sanção penal; para a doutrina penal prevalece o conceito apresentado pela teoria analítica do crime, a qual “decompõe os requisitos do fato punível para submetê-los a uma análise individual, porém inseparável da noção de conjunto. Trata-se de uma visão dedutiva e sistemática do fenômeno do delito que se impõe como exigência de segurança”. (DOTTI, 2010, p. 375)

Nesse entendimento, muito embora com algumas divergências em relação a termos utilizados, pode-se definir o crime como sendo o fato típico, antijurídico e culpável. Assim, Dotti (2010, p. 376) afirma que “O crime é a conduta humana típica, ilícita e culpável”, enquanto que Bitencourt (2006, p. 262) adepto da mesma teoria afirma que “o conceito analítico predominante passou a definir o crime como *a ação típica, antijurídica e culpável*” (*grifo do autor*).

Termos que permitem perceber que o crime é um conceito composto por diversos elementos e condições considerados de presença essencial para a caracterização da conduta ilícita, visto que representam a possibilidade de imposição da pena. Reconhecendo Bitencourt (2006, p. 363) que a “Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade estão de tal forma

relacionadas entre si que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior”.

O fato típico, mencionado acima, consiste no ilícito penal propriamente dito e é proveniente, exclusivamente, de uma conduta humana a qual pode ter um caráter comissivo ou omissivo, posicionamento adotado pelo CP em seu art. 13⁵⁵ e correspondente ao art. 29⁵⁶ do CPM.

Para que se atinja o requisito da tipicidade, ou seja, para que o fato seja considerado típico é necessário que ele esteja previsto em lei e que a conduta humana se ajuste perfeitamente à descrição contida na lei criminalizadora. Destarte, “Tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal” (BITENCOURT, 2006, p. 324).

Assim sendo, para que exista fato típico, a conduta deverá corresponder aos requisitos previstos no tipo penal. Tem-se, então, que a tipicidade é uma decorrência do princípio da legalidade, o qual exige para que haja uma sanção penal a existência prévia de lei que incrimine tal conduta.

Conseqüentemente, a antijuridicidade da conduta, ou sua ilicitude⁵⁷, pode ser definida como o fato de ser a conduta praticada contrária ao que preceitua a norma jurídica. Destarte, será antijurídico o comportamento humano que se contrapõe a qualquer norma de direito proibitiva, seja administrativa, civil ou penal, reconhecendo Bitencourt (2006, p. 370) “que a *antijuridicidade penal* (ilicitude penal) não se limita à seara penal, projetando-se para todo o campo do direito”.

Entretanto, para que seja reconhecida a antijuridicidade faz-se extremamente necessário que essa conduta acarrete lesão ou um risco de lesão a um bem que se encontra juridicamente protegido. Assim, pode-se conceituar a ilicitude/antijuridicidade como a contrariedade da conduta humana ao ordenamento jurídico que resulte em lesão ou ameaça de lesão a bem que se encontre juridicamente tutelado.

Quanto à culpabilidade, Dotti (2010, p. 418) afirma ser ela a “reprovabilidade de um fato típico e ilícito, quando o seu autor, na situação concreta, podia sujeitar-se aos comandos e as proibições do direito”. Equivale dizer: podia ter o autor seguido de maneira diversa em sua

⁵⁵ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. **Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (grifo nosso).**

⁵⁶ Art. 29. O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa.

Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

⁵⁷ O sistema positivo utiliza a expressão ilicitude em lugar do vocábulo antijuridicidade, que tem livre trânsito na jurisprudência e nas lições dos mestres (DOTTI, 2010, p. 416).

conduta ao invés de infringir o direito e, portanto, a conduta será considerada reprovável ficando a mercê da sanção penal.

No que tange à culpabilidade, tem entendido a doutrina que se faz necessária a constatação de algumas circunstâncias que se constituem em elementares deste quesito para que possa ela restar devidamente caracterizada, quais sejam: a imputabilidade - explicada como sendo a capacidade mental e intelectual do agente de entender e discernir a ilicitude do ato que está praticando; o conhecimento da ilicitude do fato – que consiste na ciência do agente a respeito de ser a sua conduta uma conduta ilícita e penalmente sancionável e; por fim, a exigibilidade de conduta diversa – a qual corresponde a uma impossibilidade do agente em se desculpar pelo ato praticado, pois poderia ter atuado de maneira diversa, evitando assim a sua incursão no tipo penal.

Constata-se, então, que para que haja a prática de crime todos estes requisitos construídos pela teoria analítica deverão estar devidamente preenchidos e comprovados, pois se acaso algum deles restar pendente de comprovação é obvio que não se estará diante da prática de um ilícito penal, e desta maneira a absolvição se impõe.

Construída a teoria a cerca dos elementos que constituem e revelam a prática de um delito criminal, o tema a ser tratado na sequência fará considerações sobre a comprovação do crime de embriaguez militar, consoante à necessidade de provas, a incumbência do Ministério Público na comprovação das alegações constantes da denúncia, bem como o momento adequado para a produção dessas provas.

3.3 A embriaguez enquanto crime: o problema do tipo penal genérico e a tentativa de adequação do art. 306 do CTB ao princípio da taxatividade

A grande problemática do crime de embriaguez militar reside no fato de que sua tipificação penal apresenta um termo demasiadamente aberto e que dá margem a diversas interpretações e discussões acerca do que seria “embriaguez” e de como constatar-la. Questionamentos por demais pertinentes, pois se referem diretamente à materialização do crime, o qual se conformará somente se efetivado este conceito que é a elementar do tipo penal.

Verifica-se que um tipo penal é aberto quando “[...] contém palavras ou expressões

dependentes do exame de elementos exteriores ao tipo para aferir a ilicitude da conduta” (DOTTI, 2010, p. 299).

Essas espécies de tipos penais se opõem ao princípio da taxatividade, o qual prevê que o tipo penal deve ser fechado, contendo todos os elementos necessários para a devida caracterização do ilícito penal, constituindo-se tais previsões em excesso do legislador que por medo de reduzir a abrangência da tipicidade do ilícito penal subtrai certas especificidades que seriam de suma importância.

Em decorrência desse fato também se estará ferindo o princípio da legalidade, pois consoante entendimento de Bitencourt (2006, p. 14),

[...] pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta perigosa. (grifo nosso).

Complementando seu posicionamento Bitencourt (2006, p. 15) afirma que “Em termos de sanções criminais são inadmissíveis, pelo *princípio de legalidade*, expressões vagas, equívocas ou ambíguas”. Haja vista que essa falta de precisão, clareza e objetividade, desamparam o cidadão expondo-o às arbitrariedades estatais, devido ao fato de que inexistindo taxatividade também não se visualiza uma limitação do *jus puniendi*.

O fato é que esse tema geraria muito menos polêmica se fossem adotados critérios específicos para a verificação da embriaguez, a qual nada mais é do que um “estado físico psíquico” em que se encontra a pessoa que ingeriu algum tipo de substância entorpecente ou inebriante. Compreenda-se que essa caracterização somente poderá ser obtida por meio de noções e conceitos concretizados por outras ciências que não a jurídica.

De modo que as interpretações e as conclusões possíveis são muito variadas e amplas, pois enquanto para alguns uma determinada pessoa pode ser considerada embriagada, para outras, o estado de euforia, a eloquência, a ruborização da face, dentre outros sintomas aparentes da embriaguez, podem não significar ou identificar um estado de embriaguez. Posto que “[...] no plano do consciente e do inconsciente individual, a gravidade dos fatos, as circunstâncias do crime, bem como diversos outros fatores ligados à pessoa do acusado ou da vítima e à própria formação moral, cultural e intelectual do *depoente* poderão também influir no espírito e, assim, no discernimento da testemunha” (OLIVEIRA, 2008, p. 348).

Diante disto torna-se possível então, a afirmação de que essa é uma espécie de norma

penal genérica, um tipo penal aberto e conseqüentemente não taxativo, o que por certo não deve ser tolerado no direito penal. Quanto a essa falta de taxatividade dos tipos penais Beccaria (1983, p. 18), ainda no século XVIII, já lecionava no capítulo IV, intitulado “Da interpretação das leis”, de sua celebre obra “Dos delitos e das penas”, pela sua impossibilidade, citando:

Quando as leis forem fixas e literais, quando apenas confiarem ao magistrado a missão de examinar os atos dos cidadãos, para indicar se esses atos são conformes à lei escrita; quando, finalmente, a regra do justo e do injusto, que deve orientar em todos os seus atos o homem sem instrução e o instruído, não constituir um motivo de controvérsia, porém simples questão de fato, então não se verão mais os cidadãos submetidos ao poder de uma multidão de ínfimos tiranos, tanto mais intoleráveis quanto menor é a distância entre o opressor e o oprimido; que se fazem tanto mais cruéis quanto maior resistência encontram, pois a crueldade dos tiranos é proporcional, não às suas forças, porém aos entraves que lhes são opostos; e são tanto mais nefastos quanto não há quem possa libertar-se do seu jugo senão submetendo-se ao despotismo de um só.

Esse entendimento é condizente com os princípios que regem o direito penal, e objetivam a limitação do *jus puniendi*, pois somente dessa maneira é que se pode minimizar os abusos do poder estatal garantindo os cidadãos contra a sua discricionariedade.

Foi nesse sentido que o Código de Trânsito Brasileiro, que prevê em seu art. 306⁵⁸ o crime de embriaguez na direção de veículo automotor, contemporaneamente, por meio de alteração legislativa do tipo penal, passou a exigir uma concentração de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue para que esteja materializado o delito. Inexistindo essa quantidade, devidamente constatada por meio de exame de sangue, não há que se falar em crime de embriaguez na condução de veículo, pelo menos no que se refere ao consumo de álcool.

Exatamente, a alteração do tipo tratou de fixar parâmetros objetivos apenas para o consumo de álcool, que é a forma mais comum de embriaguez, deixando a apuração do “estado de influência”, quando proveniente de outras substâncias psicoativas que impliquem dependência, exclusivamente a cargo do juiz, fato que revela a permanência de uma grande subjetividade.

Essa alteração deu-se pelos mesmos motivos que permeiam o delito de embriaguez

⁵⁸ Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008).

militar, e que foram citados supra, pois o tipo penal anterior⁵⁹ fazia menção à condução de veículo estando sob efeito de álcool ou substância de efeitos análogos. O que levava a diversos questionamentos, tais como: qual o método para se constatar quando alguém “está sob efeito” de álcool ou outra substância? No que se constitui “estar sob efeito”? Quanto dessas substâncias é necessário para determinar que alguém esteja sob tais efeitos? Isso equivale a estar em estado de embriaguez ou basta a ingestão dessas substâncias para “estar sob efeito” delas?

Essas eram algumas das dúvidas que perseguiram o tipo penal do art. 306 do CTB, e que por certo não o irão abandonar, pois a subjetividade foi removida no tocante ao consumo de álcool, mas, como mencionado a pouco, permaneceu no tocante ao consumo de outras substâncias psicoativas, lícitas ou não, que determinem dependência.

Assim, foram todos esses questionamentos possíveis a respeito deste delito, associados a uma grande demanda judicial circunscrita à sua apuração, coisa não efetivamente verificada no âmbito da justiça militar, que impeliram o legislador a promover essa alteração do art. 306 do CTB no sentido de facilitar a apuração da materialidade do delito e diminuir as controvérsias judiciais a cerca da embriaguez na condução de veículos automotores.

Resulta dessa modificação no tipo, de acordo com a manifestação de Dotti (2010, p. 510), o reconhecimento de que após a alteração “[...] não há necessidade de ocorrer a embriaguez, mas apenas o ato de *dirigir sob a influência de álcool* [...]” em concentração acima de 6 (seis) decigramas por litro de sangue para que esteja caracterizada conduta delitiva.

Percebe-se que o legislador tentou retirar a subjetividade do tipo penal ao substituir o termo “sob a influência de álcool” pelo valor quantitativo acima referido. Entretanto, a subjetividade permaneceu no tocante ao fato de o tipo do art. 306 do CTB trazer a possibilidade de o condutor estar sob influência de outra substância psicoativa que determine dependência.

O ideal para o crime de embriaguez militar seria seguir o exemplo do que aconteceu com a legislação de trânsito, estabelecendo-se parâmetros numéricos que permitam apurar não o Estado em que a pessoa se encontra, mas a quantidade de substância que está agindo em seu organismo. Parâmetros estes estabelecidos com base em estudos científicos e não apenas em

⁵⁹ Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

suposições como se torna possível nessa situação, nos exatos termos do ensinamento de Beccaria, visto que fica o reconhecimento da condição de embriaguez exclusivamente a encargo do magistrado.

Convém ressaltar, pelo que foi e pelo que ainda será dito, que conforme a disposição do art. 22, I⁶⁰ da CF. compete somente à união legislar sobre matéria penal, de modo que em respeito ao princípio da legalidade não podem o executivo e nem judiciário, atuar de modo a estabelecer critérios objetivos na verificação do tipo penal, ou mesmo promover alteração no intento de completar a forma de apuração de sua materialidade.

3.4 Ônus da prova: obrigação que acompanha a acusação desde o momento da denúncia até a prolação da sentença

Consoante entendimento de Oliveira (2008, p. 187) ante o fato de o processo penal brasileiro ser regido pelos princípios do contraditório e da isonomia das partes o ônus da prova também deveria ser tomado por esse ângulo. Porém, existe um princípio mais abrangente à reger o processo penal brasileiro, que é o princípio da presunção de inocência, o qual é regente de todo o processo penal e serve de fundamento para todo o sistema probatório.

Destarte, ante tal princípio, pode-se facilmente antever seja o ônus da prova todo do Ministério Público, pois “A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o acusado (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução[...]”. (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 179)

Portanto, sendo o sistema processual penal brasileiro todo fundamentado no princípio da presunção da inocência, o qual se encontra constitucionalmente assegurado, há que se entender a impossibilidade de encarregar à parte acusada o ônus de provar a sua inocência, pois aquela já é presumida, de forma que o ônus da prova passa a ser todo da acusação, competindo-lhe fazer prova tanto da autoria quanto da materialidade do delito objeto da denúncia.

Ferrenho defensor da teoria de que o ônus da prova é exclusivo do Ministério Público

⁶⁰ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, **penal**, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...] (grifo nosso).

Rangel (2007, p. 438) afirma que,

A regra inserta no art. 5º, LVII, da CRFB deve ser vista como inversora total do ônus da prova e qualquer dúvida que restar diante da não comprovação do fato imputado ao réu pelo Ministério Público deve, obrigatoriamente, ser resolvida em seu favor. Trata-se da aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. Acusação (imputação + pedido) quem faz é o Ministério Público, porém a alegação feita pelo réu não pode receber colorido de pedido no sentido técnico. Há, por parte do réu, exercício do contraditório.

Portanto, no que diz respeito à comprovação dos fatos imputados pelo Ministério Público, se pretender ele ver o acusado condenado, somente à ele, parte acusadora, competem. Desta forma, caso o réu permaneça inerte, não apresente qualquer tipo de defesa, ou mesmo não comprove os fatos e argumentos constantes da denúncia, ainda assim poderá o acusado vir a ser absolvido no caso de haver dúvida no magistrado quanto à autoria ou mesmo à materialidade do delito.

Cite-se que a expressão “poderá vir a ser absolvido” se traduz em uma imperatividade, resultando em imposição/obrigação ao magistrado, o qual, estando na dúvida sobre as circunstâncias que pemeiam o delito, deverá absolver o acusado. Então, diante da previsão constitucional da presunção de inocência deverá o magistrado na dúvida decidir *in dubio pro reo*. Pois,

Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador. A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolate uma sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado esse grau de convencimento (e liberação de cargas) a absolvição é imperativa. (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 179, grifo do autor).

Desta forma,

Na ordem de avaliação das provas, confrontando-se com o ônus da prova, é fundamental ter em mente os princípios processuais penais. O ônus da acusação é *sempre* exigível e inflexível. O ônus da defesa *pode ser* exigível e é flexível. O ônus do órgão acusatório, quando falho, jamais poderá gerar convencimento favorável à condenação, pois seria este fundamentado em *livre convicção íntima*, o que é inadmissível (excetuado o sistema do tribunal do júri). O ônus da defesa, quando falho, pode gerar convencimento favorável ao réu, desde que calcado no princípio da presunção de inocência. Logo, o magistrado, nessa hipótese, estaria absolvendo o acusado não por livre convicção íntima, mas se valendo de princípio constitucional expresso. (NUCCI, 2009, p. 24, grifo do autor).

Convém, ainda apresentar o posicionamento de Tourinho Filho (2006, p. 238) o qual defende a teoria prevista no caput do art. 156⁶¹ do CPP, definida pela máxima *actori incumbit probatio*, ou simplesmente a prova deverá ser produzida por aquele que apresentar a tese, seja ela de acusação ou de defesa. Nesse sentido afirma,

⁶¹ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza de presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer *a parte objecti*, quer *a parte subjecti*, deve ficar a cargo da acusação. Se, por acaso, a Defesa argüir em seu prol uma causa excludente de ilicitude, é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem, tendo inteira aplicação a máxima *actori incumbit probatio et réus in excipiendo fit actor...* Diga-se o mesmo se a Defesa alegar a extinção de punibilidade. (TOURINHO FILHO, 2006, p. 239, grifo do autor).

Observe-se que, muito embora Tourinho Filho afirme que a prova dos fatos alegados compete a quem os argui, o seu ensinamento segue na mesma direção daqueles doutrinadores citados anteriormente, os quais se posicionam no sentido de que ante o princípio da presunção de inocência só resta imputar o ônus da prova à acusação, pois reconhece ele que é à acusação que compete a prova da autoria e da materialidade do delito respeitando com isso o princípio da presunção da inocência.

De outro lado, Oliveira (2008, p. 288), adepto da imputação do “*onus probandi*” ao Ministério público, também reconhece ser “[...] perfeitamente aceitável a disposição do art. 156 do CPP, segundo a qual ‘a prova da alegação incumbirá a quem a fizer’”.

Tal entendimento extraí-se da premissa popularmente difundida de que “o ônus da prova cabe a quem alega”, a qual tem seu fundamento e serve para que se identifique também na defesa o papel de provar as teses que arguir se acaso pretender vê-las consideradas pelo juiz no momento da prolação da sentença. Justifica-se tal, pois, se acaso as alegações feitas não forem provadas, serão elas analisadas, mas não consideradas devido a não estarem devidamente comprovadas, prevalecendo o livre convencimento motivado da jurisdição.

Fato que poderá resultar em uma sentença fundamentada apenas nas provas apresentadas pela acusação, a qual, também, se acaso não conseguir provar os fatos imputados, poderá ter sua pretensão resistida, muito embora possa ter ocorrido de a defesa não apresentar qualquer prova que desdiga os seus argumentos não devidamente comprovados. Assim, “As falhas probatórias terminam por incitar a utilização do princípio da presunção de inocência associado à prevalência do interesse do réu: o caminho é a permanência do estado de inocência, não desfigurado pela propositura da ação penal”. (NUCCI, 2009, p. 23)

Deste modo pode-se entender que tanto defesa quanto acusação tem que provar o que alegam se quiserem ver seus argumentos consistentemente considerados na prolação da sentença.

Entretanto, em querendo a defesa permanecer inerte e não apresentar qualquer tese ou

argumento a ser provado, verifica-se a possibilidade de que inexista qualquer tipo de condenação. Sendo justamente em decorrência desse fato que boa parte da doutrina entende ser o ônus da prova uma incumbência da acusação e por certo o é, ao menos no que diz respeito à prova da autoria e materialidade do delito constantes da denúncia esse encargo existe e é exclusivo da acusação.

Consta no Código de Processo Penal, art. 41⁶², bem como no Código de Processo Penal Militar, art. 77 do CPPM⁶³, que o Ministério Público deverá narrar na denúncia o fato ilícito com todas as suas circunstâncias e peculiaridades, portanto deverá ele apresentar o crime em todas as suas peculiaridades, ou seja, deverá demonstrar a tipicidade da conduta, sua ilicitude e culpabilidade.

Desta forma claro nos parece que, se o Ministério Público tem que narrar um fato criminoso com todas as suas circunstâncias, o ônus de provar que o fato é típico (encontra perfeita adequação na lei penal, portanto, trata-se de uma conduta proibida); é ilícito (contrário ao direito penal) e que não está açambarcado por nenhuma excludente de ilicitude e que seu autor é culpável, ou seja, se possui as condições mínimas indispensáveis para atribuir-se-lhe esse fato, [...] pertence-lhe. Não há como entregar ao réu, dentro de um Estado Constitucional dito Democrático de Direito e que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB), o ônus da prova de sua inocência. (RANGEL, 2007, p. 437).

Fica assim evidente que o Ministério Público (responsável pela denúncia) não possui contra si apenas a incumbência (ônus) de provar os fatos alegados na petição inicial criminal durante o processo, no objetivo de ao final ver o acusado devidamente condenado. Pende contra o órgão acusador, ainda na denúncia, a obrigação de evidenciar elementos que constituam em concretização da materialidade e da autoria do ilícito penal objeto da denúncia, pois,

A demonstração da certeza de realidade de um crime é peça primeira e fundamental no processo penal. Não se pode, nem se deve, mover a máquina estatal, a partir da polícia até chegar ao judiciário, em bases movediças, crendo-se estar diante de uma infração penal, quando na essência, inexistente fato a ser apurado. Inútil se torna o surgimento de um autor incontestado e confesso de delito irreal, intocável, impalpável e insensível. O movimento de busca do criminoso não prescinde da evidência do crime. (NUCCI, 2009, p. 39)

⁶² Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

⁶³ Art. 77. A denúncia conterá: a) a designação do juiz a que se dirigir; b) o nome, idade, profissão e residência do acusado, ou esclarecimentos pelos quais possa ser qualificado; c) o tempo e o lugar do crime; d) a qualificação do ofendido e a designação da pessoa jurídica ou instituição prejudicada ou atingida, sempre que possível; e) a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias; f) as razões de convicção ou presunção da delinquência; g) a classificação do crime; h) o rol das testemunhas, em número não superior a seis, com a indicação da sua profissão e residência; e o das informantes com a mesma indicação. Dispensa de testemunhas. Parágrafo único. O rol de testemunhas poderá ser dispensado, se o Ministério Público dispuser de prova documental suficiente para oferecer a denúncia.

Deste modo, toda e qualquer investigação criminal e por consequência a própria denúncia deverão estar focadas na existência da infração penal, ou seja, na sua materialidade. Materialidade que deve ser fundamentada em elementos objetivos de fácil percepção e constatação, não em interpretações, suposições e conjecturas as quais possuem um caráter íntimo, subjetivo e moral.

Devemos destacar que a primeira parte do art. 156 do CPP deve ser lida à luz da garantia constitucional da inocência. O dispositivo determina que ‘a prova da alegação incumbirá a quem a fizer’. Mas a primeira e (principal) alegação feita é a que consta da denúncia e aponta para a autoria e materialidade; logo, incumbe ao MP o ônus total e intransferível de provar a existência do delito. (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 179-180).

“Cabe, assim, à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à *materialidade* do fato (sua existência) e de sua *autoria*, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade”. (OLIVEIRA, 2008, p. 288, grifo do autor).

Entenda-se então que essa obrigação probatória da acusação deve ser cobrada não apenas para que possa existir sentença condenatória, mas também para que possa a denúncia ser aceita pelo juiz.

Para isso, será necessário que ela esteja fundamentada em vasto material probatório que indique de pronto a autoria e materialidade, cumprindo ao magistrado o dever de evitar recebê-la com fundamento na predominância do interesse coletivo sobre o individual, no intuito de evitar que no decurso do processo venha a se constatar o que já lhe parecia provável quando realizou o juízo de admissibilidade, mas que foi ignorado para prevalescer o interesse social; a inocência.

Assim, deverá o juiz, utilizar-se amplamente das hipóteses previstas nos incisos do art. 395⁶⁴ do CPP, de forma a dar maior efetividade ao princípio da presunção de inocência, forçando a acusação a lastrear os argumentos que dão ensejo à denúncia em fatos e provas devidamente materializados e não apenas em suposições, sob pena de sua petição ser considerada inepta, carecedora de pressupostos processuais e de condição de ação ou mesmo constatar-se ausência de justa causa para o exercício da ação penal.

⁶⁴ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). I - for manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

3.5 Embriaguez: um conceito que não pode ser expresso em números sem autorização legislativa

Ao tratar especificamente do crime de embriaguez em sua obra *Embriaguez Delituosa* Loureiro Neto (1990, p. 7) a define como sendo o estado daquele que introduziu no organismo substância inebriante. Ainda, sobre o estudo da embriaguez na sua forma mais comum, a alcoólica afirma que “[...] há embriaguez quando o grau de intoxicação alcoólica sobe a ponto de prejudicar sensivelmente a conduta do indivíduo” (ALMEIDA JUNIOR *apud* LOUREIRO NETO, 1990, p. 7).

Croce (2010, p. 123) divide a embriaguez em três fases na tentativa de facilitar a sua identificação, sendo a primeira a fase da excitação ou subaguda, a qual denomina de ebriedade incompleta, que é caracterizada pela agitação e eloquência - a segunda é a fase de confusão ou aguda, caracterizada por atitudes agressivas e desaforadas, nesse momento o ébrio fica destemido e valente e - a terceira é a do sono, comatosa ou superaguda, quando a embriaguez está então completa e caracteriza-se pela falta de consciência, de atitude e pelo sono.

Diante disso torna-se possível perceber que o simples consumo de bebida alcoólica ou outra substância de efeitos análogos, não necessariamente conduz o militar ao estado de embriaguez, uma vez que a embriaguez é um “estado” em que a pessoa perde certos limites e passa a se exceder nas suas atitudes. De acordo com Croce (2004, p. 100) a quantidade de álcool no sangue compreende vários estágios e que induzem a diferentes efeitos,

Importa saber que 0,5 ml (0,37g) por 1.000 ml de álcool absoluto circulando no sangue ocasiona intoxicação inaparente; 1 ml (0,75g) por 1.000 ou 0,4mg por litro de ar expelido dos pulmões representa sério perigo para o trânsito, por diminuição da atenção e imprudência do motorista; 1 a 1,5 ml (0,75 a 1,12g) por 1.000, causa ebriedade. Aqui além de prova técnica, torna-se imprescindível o exame somatopsíquico. [...] Entre 1,6 e 3 ml (1,15 a 2,25g), a embriaguez é completa; com efeito, alcoolemia acima de 2 ml por 1.000 desencadeia fenômeno de ataxia estática e/ou motora, confusão mental e anormalidades que autorizam reconhecimento de embriaguez completa. Entre 3 e 4 ml (2,25 a 3g) por 1.000, reconhece-se embriaguez comatosa e, acima de 5 a 6 ml (3,76 a 4,5g) por 1.000, êxito letal, por parada respiratória.

No que concerne ao exame somatopsíquico citado como essencial para a caracterização do estado de embriaguez, Croce (2004, p. 98) o descreve como o exame consistente na observação sintomática, em que são observados sinais de caráter mais técnico como é o caso de Miose, de Taquisfígmia ou de Bradisfígmia, além de hipotensão arterial,

temperatura, hálito alcoólico, congestão da face e de olhos, sonolência, excitação, confusão, depressão memória, orientação no tempo e espaço, articulação de palavras, testes de coordenação motora, mencionando a necessidade de buscar sinais ou sintomas de doenças ou traumatismos capazes de gerar confusão com os sintomas de embriaguez.

Tal descrição denota que é imprescindível que o examinador tenha conhecimento técnico para que possa efetuar o diagnóstico da ebriedade sem confundi-la com alguma doença ou mesmo incorrer em erro a respeito do diagnóstico que irá efetuar, implicando tal análise em grande complexidade.

Nesse desiderato Loureiro Neto (1993, p. 184), é categórico em afirmar que “Compete, pois, ao perito averiguar se as condições neuropsíquicas do paciente configuram a especificação da lei, o que constitui, realmente uma tarefa difícil, tendo em vista sua complexidade, tanto em seus aspectos pessoais como circunstanciais”.

Para tal Neves (2008, p. 329-330) reconhecendo a importância do exame pericial na comprovação deste delito afirma que:

A perícia pode lançar mão de dois exames: o clínico e o de dosagem de substância (laboratorial). O primeiro – exame clínico – decorre da observação do médico sobre os efeitos da substância no militar, utilizando-se para tal da avaliação de vários quesitos [...] O segundo é o exame de dosagem, na corrente sanguínea, de substância que leve à embriaguez, o que exige coleta de material orgânico do sujeito ativo e, por tal motivo, carece de prévia autorização do próprio periciado, mesmo porque, para tal coleta se promove lesão corporal no suspeito.

No tocante ao uso de valores preestabelecidos, obtidos utilizando-se como padrão para a embriaguez o resultado em um homem médio, Loureiro Neto (1993, p. 183) manifesta-se da seguinte maneira:

Mas há de se admitir essas cifras, como já ressaltado, com reservas, pois é ainda Simon (s.d.: 588) que ensina existirem susceptibilidades individuais e tolerâncias que explicam as discordâncias entre a alcoolemia e o estado do sujeito, como certas *causas predisponentes*, constitucionais ou adquiridas, que sensibilizam os abstêmios, enfermos, mulheres, filhos de alcoólicos, neuropatas, psicopatas etc. Num indivíduo de uma dessas categorias, uma alcoolemia de 0,3 cc por 1000 tem determinado violentas reações.

O que deixa evidente que uma mesma concentração de substância inebriante pode produzir efeitos diversos em cada pessoa. Assim,

A observação detalhada do comportamento do embriagado ao tempo do evento criminoso tem mais valor do que o registro simples de uma cifra qualquer indicada por análise bioquímica. Pois há etilistas com alcoolemia superior a 2ml por litro de sangue que se mostram em estado de normalidade. Por isso é que com referência à embriaguez, se obriga o julgador a conjugar os elementos químico-periciais a circunstâncias constantes nos autos, pois que, como no exemplo, nem sempre a alcoolemia determinada é, só por si, suficiente para o diagnóstico [...]. (CROCE, 2010, p. 125).

Entendimento partilhado por Loureiro Neto (1993, p. 184) que resume a importância do exame clínico em detrimento do exame laboratorial, dizendo:

Em conclusão, a investigação bioquímica objetiva a presença de álcool no organismo, mas não responde às indagações de como o indivíduo se comportava, em seu entendimento, numa ação ou omissão criminosa. Por isso, entende Genival Veloso de França (1977: 231) que mais importante do que determinar a taxa de álcool no sangue, na urina ou no ar expirado, é caracterizar as manifestações de uma embriaguez logo após o delito cometido. E ensina: “o perito deverá responder à justiça, afirmando: 1) se há ou não embriaguez; 2) se, em caso afirmativo, a embriaguez é ou não completa; 3) se a embriaguez comprovada é um fenômeno episódico, ocasional, ou se se trata de um estado de embriaguez aguda, manifestada em alcoolismo crônico; 4) se se trata de uma embriaguez patológica; 5) se no estado em que se encontra o paciente pode o mesmo pôr em risco a segurança própria ou alheia; 6) se é necessário o tratamento compulsório. Assim, só através de um exame clínico poder-se-á chegar a uma concepção exata do grau de embriaguez, pois uma simples cifra não tem nenhum valor, sabendo-se que há indivíduos que se embriagam com pequenas doses e outros que toleram excessivamente o álcool”.

Sem desmerecer a importância dos exames laboratoriais e outras provas técnicas que fornecem valores quantitativos da presença da substância entorpecente, seja na corrente sanguínea, nas vias aéreas ou mesmo na urina, é de se entender que por ora o legislador não estabeleceu valores que determinem a materialização do delito e consoante o já mencionado não compete ao judiciário modificar a previsão do tipo penal feita pelo legislador.

Portanto, de acordo com este entendimento o diagnóstico da embriaguez deverá ser efetuado com fulcro no comportamento apresentado pelo acusado, pois é certo que iguais quantidades de substâncias em pessoas diversas podem determinar diferentes tipos de alterações, conduzindo em alguns à embriaguez enquanto que em outros não.

3.6 A necessidade e importância das provas periciais na apuração do delito de embriaguez

Tratando, nesse momento, especificamente do delito de embriaguez e de sua comprovação, faz-se mister apresentar o posicionamento de Croce (2004, p. 98) que afirma que “A embriaguez não se presume (*ebrietas non presumitur, onus probandi incumbit alleganti*); diagnostica-se. No vivo, o diagnóstico é feito por exame somatopsíquico e por exames laboratoriais [...]”. Eis que surge o questionamento; quem está apto a diagnosticar a embriaguez? Por certo que será o perito, pessoa capacitada e detentora de conhecimento técnico sobre o assunto, e não como afirma Neves (2008, p. 331), o juiz, que com base nas provas constantes dos autos (em que não exista laudo pericial) poderá concluir pela

embriaguez, pois “já que o juiz, como se sabe, é o perito dos peritos (*peritus peritorum*)”. (grifo do autor).

Trata muito bem desse tema Lopes Júnior (2005, p. 262-263), reconhecendo que é praticamente impossível chegar a uma realidade incontroversa dos fatos, justamente porque o juiz não se encontrava no local do delito. De modo que ele precisará fazer uma atividade de reconhecimento dos fatos, diante dos quais poderá reconstruir com os elementos a ele apresentados uma nova verdade para o ocorrido. Assim, é com base nessa verdade reconstruída (na qual sempre faltará algum pedaço que não pode ser juntado ou que foi trocado de lugar) que ocorrerá o julgamento. “Por isso se diz que o juiz é um ignorante, pois ele ignora os fatos e necessita de alguém que tenha conhecimento do ocorrido (*cognitio*) para lhe permitir a *re-cognitio*. É, com certeza, uma cognição bastante contaminada”. (grifo do autor).

Em sendo assim, não se concebe uma atividade cognitiva baseada exclusivamente em provas testemunhais, principalmente quando decorrente do descaso da autoridade que primeiramente conheceu a ocorrência do delito e que por algum motivo, seja falta de informação ou de possibilidades para a construção de provas técnicas, deixou de fazê-lo. Restando evidenciada a necessidade de prova pericial e sua importância em relação à prova testemunhal quando considerado o fato de que,

O crime é história, passado e, como tal, depende exclusivamente da memória de quem narra. A fantasia/criação faz com que o narrador preencha os espaços em branco deixados na memória com as experiências verdadeiras, mas decorrentes de outros acontecimentos. A imaginação colore a memória com outros resíduos. É o clássico exemplo do cubo: podemos ver duas no máximo três faces. O cubo só é real no imaginário, pois somente assim se conhece as 6 faces. Não resta dúvidas de que a imaginação não forma imagens, mas deforma as cópias pragmáticas fornecidas pela percepção. (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 263).

Nessa celeuma, acerca da comprovação do estado de embriaguez para que possa a jurisdição pronunciar-se emitindo uma sentença, emerge outra situação que é a possibilidade de existir a prisão em flagrante delito. Pois é certo que o juiz, condenando ou absolvendo o denunciado incurso no crime de embriaguez militar, não sofrerá qualquer tipo de sanção se agir movido pela convicção advinda do processo. Por outro lado o responsável pela prisão em flagrante delito do suspeito de embriaguez, mesmo que haja movido por toda sua convicção e certeza do estado ébrio do detido, se acaso ao final do processo a sentença for de absolvição, terá se excedido no exercício de suas atribuições e nesse caso será incurso no delito de abuso de autoridade, além de regressivamente poder ser acionado pelo Estado no caso de uma indenização civil ao injustiçado.

Destarte, há a necessidade de se verificar e estabelecer parâmetros a serem utilizados nessa apuração, no sentido de que se possa fazer uma constatação eficaz do estado de embriaguez, sem que o autor da prisão incorra em erro, e como já mencionado não seja o preso injustiçado.

O problema da conformação dos requisitos para a prisão do militar flagrado no cometimento do crime de embriaguez é manifesto, haja vista que o tipo penal não exige ou faz referência a qualquer formalidade, exame, perícia ou teste que indique taxativamente um método apto a apurar de forma indubitável a ocorrência do fato criminoso. Quanto a esse tema, Neves (2008, p. 333) que reconhece a necessidade e importância de exame pericial, manifesta-se no sentido de que,

No que concerne ao feito de polícia judiciária adequado, em havendo a constatação da embriaguez por laudo pericial decorrente de exame clínico, dever-se-á proceder à lavratura do auto de prisão em flagrante delito. Por outro lado, caso não haja a emissão imediata do laudo, correta será a comunicação disciplinar do fato, aguardando-se a chegada do resultado do exame pericial para se deliberar acerca da instauração ou não de inquérito policial militar. Caso não seja possível a elaboração de exame clínico ou laboratorial por alguma razão (falta de médicos, por exemplo) mas havendo provas testemunhais várias que o supram, será adequada a instauração de inquérito policial militar para que o membro do *parquet* decida, *a posteriori*, se há ou não indícios da infração penal militar e, consequentemente, ofereça ou não a denúncia. (grifo nosso).

Tal entendimento é extremamente coerente, pois ao mesmo tempo em que resguarda o possível autor da prisão em flagrante de incorrer em erro, também evita o cometimento de injustiça para com o suspeito. Até por que nunca é demais salientar o que acontece dentro das instituições, quando se visualiza muitas vezes, o superior responsável pela prisão, no afã de resguardar a instituição militar e assegurar a todo custo a hierarquia e disciplina, tomar decisões precipitadas, não necessariamente motivadas pela má índole, mas como já mencionado por uma vontade internalizada e institucionalizada de resguardar essa organização; vontade essa que muitas das vezes os faz esquecer dos valores constitucionais de democracia e de direito que devem sempre orientar o seu trabalho.

O Código de Processo Penal Militar admite na comprovação do ato ilícito todo e qualquer meio de prova⁶⁵, desde que não seja proibido e coerente com o art. 5º, LVI⁶⁶ da CF, entretanto, cumpre lembrar que até que se prove o contrário o suspeito continua sendo considerado inocente, pois como já é sabido somente a decisão judicial transitada em julgado

⁶⁵ Art 295. É admissível, nos termos deste Código, qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares.

⁶⁶ Art. 5º LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

é que pode considerar alguém culpado pelo delito, consoante o art. 5º, LVII da CF⁶⁷. De modo que para que possa ocorrer a prisão de alguém sob o argumento de que esta pessoa estaria embriagada, deverá existir prova cabal do Estado de embriaguez.

Inexistindo um rol de meios de prova, devidamente nominadas, consideradas pelo legislador como aptas a oferecer essa certeza inequívoca da materialidade do delito em questão, e concordando unanimemente a doutrina no quesito dificuldade de reconhecimento da condição de embriaguez e, conseqüentemente, verificando que essa constatação deverá ser feita por pessoa devidamente capacitada, ou seja, um perito, não há como se ignorar a necessidade e a importância dos exames periciais para a materialização deste delito.

Para corroborar esse entendimento, reconhecendo a imprecisão de certos meios de prova para a comprovação de determinados tipos de delito, Oliveira (2008, p. 359) faz ressalva quanto à capacidade da prova testemunhal em fornecer a certeza necessária a respeito da autoria e materialidade do ilícito penal, afirmando que se faz necessário,

[...] o reconhecimento da incapacidade de determinados meios nominados (previstos expressamente na lei) para gerar uma *certeza* mais segura, em relação a *fatores específicos*. Ora, se a prova testemunhal já tem os seus problemas até no que se refere aos crimes nos quais ela é frequentemente utilizada, parece-nos mesmo recomendável a adoção de maiores cuidados quando se tratar de fatos cuja prova da existência reclame uma opinião especializada. (grifo do autor)

Ademais o mesmo Código em seu art. 296⁶⁸, prevê que cabe a quem alegar o fato prová-lo, deste modo, para que se possa efetuar a prisão em flagrante o fato deve estar devidamente comprovado e materializado, o que somente se dará por meio de prova pericial. Pois como muito bem leciona Loureiro Neto (2000, p. 85), Não basta “[...] a certeza da existência do crime e da sua autoria”, é necessária sim a sua comprovação, e nesse sentido tem extrema importância a lição de Lopes Júnior (2005, p. 179) o qual afirma que “[...] a primeira (e principal) alegação feita é a que consta na denúncia e aponta para a autoria e materialidade; logo, incumbe ao Ministério Público (MP) o ônus total e intransferível de provar a existência do delito”.

A respeito desse tema, deve-se citar a previsão da Lei 11343/06 - Lei de Tóxicos, que

⁶⁷ Art. 5º LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁶⁸ Art. 296. O ônus da prova compete a quem alegar o fato, mas o juiz poderá, no curso da instrução criminal ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Realizada a diligência, sobre ela serão ouvidas as partes, para dizerem nos autos, dentro em quarenta e oito horas, contadas da intimação, por despacho do juiz.

por meio de seu art. 50⁶⁹ prevê desde a prisão em flagrante a necessidade de laudo pericial que ateste no mínimo a quantidade e a natureza da droga, no intuito de, desde o primeiro momento, exigir um mínimo de materialidade para que se prossiga no cerceamento da liberdade, daquele que ainda se encontra envolto no manto da presunção de inocência.

Sendo que num segundo momento, quando a acusação for oferecer a denúncia por uma das condutas típicas previstas nesta lei, esse laudo provisório já não mais será suficiente, de modo que deve-se exigir um laudo toxicológico definitivo, sob pena da petição inicial ser rejeitada por ausência de materialidade.

Assim, esse ônus de provar que incumbe à acusação, deve ser visualizado com um caráter de obrigatoriedade já no momento da denúncia, a qual, ao chegar à apreciação do judiciário para o juízo de admissibilidade, deverá ter preenchido todos os requisitos necessários, de modo a convencer o juiz de seu fundamento.

Para tal precisará ilustrar com precisão e objetividade elementos de autoria e materialidade acompanhados de provas pré-constituídas, as quais farão nessa ocasião com que o juiz receba a denúncia por estar visualizando com clareza a prática do ilícito penal e, não por que ao ficar na dúvida sobre algum desses requisitos decide pelo princípio do *in dubio pro societate*.

Nesse ônus probatório que compete à acusação, deverá ela estar atenta para o fato de que, “Há provas que, em verdade, não se reproduzem em juízo, mas sim, na fase do inquérito policial; são as chamadas **provas não renováveis**, como, por exemplo, a prova pericial” (RANGEL, 2007, p. 440, grifo do autor).

Esse é o típico caso do crime de embriaguez militar, o qual tem a elementar do crime caracterizada pela transitoriedade/temporalidade, ou seja, é uma condição passageira que se não for submetida à perícia enquanto presentes os elementos característicos fatalmente desaparecerá, permanecendo somente aquilo que ficou gravado na memória das pessoas.

No que tange às provas periciais, o CPPM regula em seu art. 340⁷⁰ as perícias laboratoriais, as quais Loureiro Neto (2000, p. 57) reconhece serem “[...] comuns nas apurações dos delitos de embriaguez em serviço [...]” mencionando que “[...] pode ser objeto

⁶⁹ Art. 50. [...]§ 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

⁷⁰ Art. 340. Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia.

de perícia tudo aquilo sujeito a uma apreciação técnica, pessoas ou coisas que, por sua ligação com o crime, possa servir-lhe de prova”. Ocorre, que como mencionado, a embriaguez por ser passageira não pode ser submetida a exame pericial, clínico ou laboratorial *a posteriori*.

Os objetos e substâncias utilizados para chegar a ela poderão ser objeto de perícia em momento posterior, entretanto a condição que efetivamente caracteriza o delito não mais. De modo que por meio dos exames periciais nesses materiais, poderá ficar evidenciado que o acusado estava de posse daquelas substâncias, o que por si só se constitui em outro delito tipificado no art. 290⁷¹ do CPM, entretanto, a embriaguez não mais poderá ser atestada por perito ou pessoa devidamente capacitada por não ter sido presenciada.

Mencione-se ainda, a respeito da imprescindibilidade do exame pericial, que muito mais do que ser ele de extrema importância para apuração e comprovação do crime de embriaguez, permitindo uma constatação robusta e fundamentada, a sua ausência também pode se constituir em cerceamento de defesa, haja vista que se não efetuado naquele momento, nem mesmo o réu poderá fazer uso do exame pericial em sua defesa, em decorrência da transitoriedade da embriaguez, a qual se constitui em elementar do crime e, desta maneira também se estaria descumprindo o preceito do art. 328 do CPPM⁷², o qual estabelece a necessidade de exame pericial sempre que o delito deixar vestígios.

Note-se que o que este artigo leciona é uma regra, a exceção só será aceitável quando o delito não deixar vestígios, o que por certo não é o caso deste crime, cujo estado de embriaguez constitui, além de elementar do tipo, em fato facilmente apurável por meio de exame clínico feito por médico perito.

Desta forma, “Se deixar vestígios a infração, a materialidade do delito e/ou a extensão de suas consequências deverão ser objeto de prova pericial, a ser realizada *diretamente* sobre o objeto material do crime, o corpo de delito, ou, não mais podendo sê-lo, pelo desaparecimento inevitável do vestígio, de modo *indireto*” (OLIVEIRA, 2008, p. 360).

⁷¹ Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, até cinco anos. Casos assimilados: 1º Na mesma pena incorre, ainda que o fato incriminado ocorra em lugar não sujeito à administração militar: I - o militar que fornece, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a outro militar; II - o militar que, em serviço ou em missão de natureza militar, no país ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no artigo; III - quem fornece, ministra ou entrega, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício. Forma qualificada: 2º Se o agente é farmacêutico, médico, dentista ou veterinário: Pena - reclusão, de dois a oito anos.

⁷² Infração que deixa vestígios: Art. 328. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Nucci (2009, p. 44) ao tratar do exame de corpo de delito indireto, aceito como regra pelo art. 328 do CPM, faz fundamentada ressalva afirmando que “Excepcionalmente, pode-se utilizar o exame de corpo de delito indireto, que não deixa de ser uma prova indiciária, para compor a materialidade, situação mais confiável e efetiva no contexto das provas”.

Destarte, as provas indiciárias, não podem servir para suprir as deficiências do Estado que protela e ignora o seu dever de consubstanciar a materialidade delitiva. Além do que há que se considerar que, se analisadas isoladamente, as provas obtidas por meio de corpo de delito indireto não devem ser consideradas suficientes, justamente pela sua fragilidade.

Tal restrição deve-se ao fato de que as provas indiciárias permitem que se faça um raciocínio dedutivo, devendo por isso ser evitadas sobremaneira como fundamento para a apuração da autoria e materialidade do delito.

Construindo o raciocínio acerca do fato de que o exame de corpo de delito indireto se constitui em uma espécie de prova indireta Nucci (2009, p. 45) acaba por afirmar que,

Jamais se deve desprezar que a prova indiciária, por mais necessária nos tempos atuais, para contribuir no cenário das provas em geral, é insegura, se considerada nos termos insuficientes em que, usualmente, são oferecidas. O grau de suficiência para atingir a segurança processual adequada, de modo a desestruturar a presunção de inocência não é tarefa fácil. Por isso, a prova da existência do crime não pode estruturar-se em plataforma tão extensa e frágil.

Noutro ponto pode-se afirmar, que a falta do exame de corpo de delito, especialmente no caso de prisão em flagrante delito, deverá resultar em nulidade processual, haja vista ter sido deixado de cumprir um requisito considerado de extrema importância conforme previsão legal do art. 500, III, “b” do CPPM⁷³.

Pois como muito bem ensina Loureiro Neto (2000, p. 85) “[...] flagrante delito significa a ardência do crime. Diz-se, portanto, que alguém está em flagrância quando está cometendo um crime ou acaba de cometê-lo”. Desta forma, estando na ardência do delito ainda existe a possibilidade da submissão do acusado ao exame pericial, produzindo-se nesse momento o exame de corpo de delito direto.

Assim, havendo essa certeza que só se visualiza nas situações de flagrante, inexistente motivo para que o suspeito deixe de ser encaminhado ao perito o qual emitirá laudo atestando a embriaguez, pois nesse momento os vestígios ainda existem e, tem, portanto, o responsável pela prisão obrigação de providenciar para que seja o suspeito submetido à perícia naquele

⁷³ Art. 500. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] III — por preterição das fórmulas ou termos seguintes: b) o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 328;

momento, haja vista a transitoriedade do estado de embriaguez.

Situação que não teria a mesma importância, no caso de ter sido o suspeito apanhado consumindo substância entorpecente durante o serviço, em que a apreensão da substância permitiria perícia *a posteriori*. Entretanto, ainda assim seria necessária perícia que atestasse a capacidade entorpecente da substância para que pudesse ser efetivado o flagrante delito pelo crime de “tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar” previsto no art. 290 do CPM consoante a disposição do art. 50 da Lei de tóxicos.

3.7 A possibilidade de descriminalização do art. 202 do CPM

Ao direito penal, enquanto conjunto de normas positivadas compete a função de manutenção da ordem social, reprimindo as condutas anti-sociais de maior gravidade não controladas por outros meios de manutenção da ordem social. É, pois o direito penal uma forma institucionalizada de manutenção da ordem.

O poder normativo estatal elegeu as instituições militares como bem jurídico de caráter relevante, que por esse motivo merecem ser tuteladas pelo direito penal. Assim, constatando a importância dessa maior proteção, cria-se um código penal destinado especificamente ao controle normativo penal dessas instituições, o qual visa proteger institutos ligados à manutenção da hierarquia e disciplina dentro das casernas, por serem consideradas essenciais para o bom funcionamento dessas organizações.

Cumprindo, por oportuno, lembrar que existem tantos outros órgãos da administração pública e mesmo de natureza privada que funcionam muito bem sem a existência de hierarquia e disciplina penalmente tuteladas.

Nesse viés menciona-se que ao direito penal compete, exclusivamente, *a tutela de bens jurídicos de importância socialmente reconhecida*, no intento de inibir a vingança privada, assegurando que o autor da conduta desviada seja punido da forma mais justa e condizente com seus atos quanto seja possível.

Assim, na manutenção da ordem social, pode-se afirmar que o direito penal teria duas funções, a primeira seria a prevenção geral quando atuaria como exemplo para as demais pessoas e a segunda seria a prevenção especial atuando como exemplo ao delinquente para que não tornasse a fazê-lo.

Quanto ao uso do direito penal para o alcance dos objetivos da prevenção geral e da prevenção especial junto às instituições militares, é possível perceber que no delito de embriaguez militar em serviço, como na maioria dos demais crimes militares, essa prevenção poderia ser obtida por meio de processo administrativo, com a mesma intensidade e forma que é obtida por meio da criminalização deste ato. Haja vista que a gravidade das sanções administrativas previstas nos regulamentos disciplinares militares, nos quais estão previstas sanções que variam desde advertência verbal, prisão em separado e até mesmo exclusão, têm o mesmo condão de servir à prevenção, repercutindo sobremaneira dentro das próprias instituições.

No tocante às teorias acerca do direito penal, tem-se que na sua grande maioria as tipificações penais têm um caráter de transitoriedade. Adequando-se ao momento e ao contexto histórico social de determinado povo novos tipos penais podem ser criados ou alguns já existentes podem ser revogados ou mesmo simplesmente cair em desuso.

Assim, é possível reconhecer que dentro do contexto de Estado Democrático de Direito em que o direito penal deve ser visto como *ultima ratio*, o tipo penal em comento somente permanece capitulado por não haver força e nem interesse político capaz de promover mudanças na legislação penal militar, pois como é notório para que determinado delito passe ou deixe de ser visto com crime torna-se necessário o exercício do poder político, o qual se dará por meio de atuação do legislativo.

Essa dificuldade, em se modificar a legislação penal militar, decorre em regra do grande poder e influência que os militares detêm junto ao poder político, resquício de um período não muito remoto em que o controle do Estado brasileiro foi exercido pelos militares. Aliás, período do qual decorre essa legislação penal que já se encontra ultrapassada e que não passou de uma cópia dos dispositivos penais comuns, quando tentou-se convertê-los em crimes militares acrescentando expressões como “praticado por militar, praticado por assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, patrimônio sob a administração militar, contra a ordem administrativa militar, etc.”. E deste modo, como à época o poder político estava com os militares, não foi difícil promulgar uma lei que trouxe tipos penais, de certo modo desnecessários e que somente aos interesses da cúpula militar importam.

Nesse viés apresenta-se o crime de embriaguez militar, o qual não se coaduna com os preceitos de um Estado Democrático de Direito, constituindo-se em típico caso de infração aos princípios limitadores do poder punitivo estatal, preceitos construídos com base numa

visão garantista do direito penal, o qual deve ser tido como instrumento posto não apenas a serviço do Estado, mas também à disposição da sociedade.

No tocante a teoria garantista e aos princípios penais e processuais penais compatíveis com o Estado democrático de Direito brasileiro, Lopes Júnior (2005, p. 253) afirma que,

No modelo garantista não se admite nenhuma imposição de pena: sem que se produza a comissão de um delito; sem que ele esteja previamente tipificado por lei; sem que exista necessidade de sua proibição e punição; sem que os efeitos da conduta sejam lesivos para terceiros; sem o caráter exterior ou material da ação criminosa; sem a imputabilidade e culpabilidade do autor; e sem que tudo isso seja verificado através de uma prova empírica, levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento legalmente preestabelecido.

Percebe-se nessa criminalização uma clara ofensa aos princípios da intervenção mínima, da lesividade ou ofensividade, além de infringência ao princípio da insignificância. Em sendo assim, verifica-se que algumas características que devem nortear o direito penal não estão sendo consideradas, quais sejam a subsidiariedade e a fragmentariedade, consoante abordagem que segue.

A ofensa ao princípio da intervenção mínima decorre do fato de que para este ilícito penal, bem como para inúmeros outros crimes militares, há previsão legal nos regulamentos disciplinares militares, e consoante a isso percebe-se que o delito *in casu* poderia muito bem ser tutelado apenas pelo direito administrativo.

Ademais, como muito bem salienta Batista (2005, p. 85) “[...] o direito penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes e as perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos”. Ficando evidente o descumprimento a esse princípio que nada mais prevê do que uma desoneração da sobrecarga que assola o poder judiciário.

Além do que, em nada se pode duvidar quanto à eficácia e os resultados obtidos na manutenção da hierarquia e disciplina militares, bens jurídicos evidentemente tutelados por este delito, quando do efetivo uso do direito administrativo disciplinar, que se mostra mais ágil na repreensão e certamente surtirá muito mais efeito no que se refere à prevenção geral.

Destarte, há que se evidenciar o descaso para com duas características do direito penal que derivam do princípio da intervenção mínima, quais sejam a subsidiariedade e a fragmentariedade. A primeira resulta do fato de que a tutela do direito penal somente poderia ter sido invocada se os outros meios de controle social falhassem e a segunda conclama a tutela penal somente aos bens jurídicos de maior importância e quando gravemente lesados,

situações que por certo não condizem com essa tipificação, considerada a pequena gravidade dessa conduta.

Pode-se ainda, da criminalização deste delito, perquirir se haveria descaso para com o princípio da lesividade ou ofensividade, pois muito embora as instituições militares estejam juridicamente tuteladas, há que se indagar sobre a importância da proteção oferecida a tais bens jurídicos. Posto que o conteúdo deste princípio prevê que para existir possibilidade de criminalização das condutas elas deverão ser concretamente lesivas aos bens jurídicos que se objetiva proteger, bem como o bem jurídico que se está tutelando deverá ser merecedor de tamanha proteção.

Noutro ponto, percebe-se nitidamente o desrespeito ao princípio da insignificância considerando-se que a gravidade da lesão ao bem juridicamente tutelado, se constitui em excesso perante a sanção cominada. Visto que pela incorrência em delito de embriaguez, aplica-se pena de “detenção de seis meses a dois anos”, pena que deve-se reconhecer é demasiado pesada se comparada à gravidade da conduta.

Vislumbra-se nessa situação que o legislador deu muita importância ao bem jurídico que tentava proteger, relevando o tamanho da lesão efetivada pela conduta criminalizada, pois nesse caso se está diante de um crime de mera conduta, e não existe qualquer dano efetivo, de forma que tutela-se a possibilidade de que algo possa ocorrer.

Ademais, se o legislador penal militar autorizou que o judiciário reconhecesse a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no caso de furto atenuado⁷⁴, possibilitando-lhe considerar a infração penal como transgressão disciplinar, bem como tem reconhecido o poder judiciário a possibilidade de aplicação deste princípio aos casos de posse de substância entorpecente no interior das instituições militares. Há que se conceber que não haveria, então, o porquê de não ser reconhecida a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ou bagatela ao delito de embriaguez militar.

Então, orientando-se nessa direção, mesmo sem fundamentar em qualquer dos argumentos acima mencionados seu posicionamento a respeito deste delito, utilizando-se puramente de argumentos palpáveis, Loureiro Neto (1993, p. 173) reconhece que,

⁷⁴ Furto simples: Art. 240. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, até seis anos. Furto atenuado: § 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, **ou considerar a infração como disciplinar**. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país. § 2º A atenuação do parágrafo anterior é igualmente aplicável no caso em que o criminoso, sendo primário, restitui a coisa ao seu dono ou repara o dano causado, antes de instaurada a ação penal. [...] (grifo nosso)

Esse dispositivo tem gerado no foral castrense decisões contraditórias e iníquas em decorrência do conceito falso de embriaguez. Não bastasse, a avaliação da prova da embriaguez pelos tribunais castrenses não tem obedecido um critério uniforme, chegando até mesmo a contrariar diretrizes médicas a respeito. **Por essas razões, propusemos em nosso livro (1990: 110), sua supressão do Código Penal Militar, e que as hipóteses nele contidas sejam apreciadas somente na esfera disciplinar,** como, por exemplo, dispõe o nº 119 do Regulamento Disciplinar do Exército (Dec. nº 79.985, de 19-7-1977), *in verbis*: comparecer a qualquer ato de serviço em estado de embriaguez, ou embriagar-se durante o mesmo, embora tal estado não tenha sido constatado pelo médico.(grifo nosso)

Sendo nessa mesma linha de raciocínio o entendimento de Lobão (2006, p. 390) acerca do crime de embriaguez militar insistindo que “[...] a melhor política é suprimir a infração penal, inserindo a embriaguez nos regulamentos militares ou nos manuais de assistência médica e psicológica dos militares” (LOBÃO, 2006, p. 390).

Destarte, mesmo sem se aterem à argumentação principiológica, estão estes dois doutrinadores seguindo na linha de raciocínio dos princípios limitadores do poder punitivo estatal, divisam a possibilidade de aplicação do princípio da intervenção mínima do direito penal ao reconhecer nesse delito uma pequena potencialidade lesiva ao bem juridicamente tutelado de modo que chegam a considerá-lo insignificante e desmerecedor de tipificação penal, expressando-se no sentido de sua remoção da legislação penal e sua manutenção única e exclusivamente nos regulamentos disciplinares.

Restam, assim, demonstradas as dificuldades que permeiam a apuração do crime de embriaguez militar, um tipo penal aberto e susceptível de infinitas interpretações, uma conduta que poderia muito bem ser removida do rol dos crimes militares. Porém, enquanto não se visualiza uma atuação legislativa no sentido de democratizar a legislação penal e processual penal de um modo geral, só nos resta esperar que o judiciário dê sua contribuição, tornando inócuas e sem aplicabilidade tipificações e previsões legais que não estejam em consonância com o Estado Democrático de Direito e buscando reconhecer e assegurar os direitos e garantias fundamentais, pois que somente assim, o direito penal poderá contribuir para que se caminhe na direção da efetivação da democracia.

CONCLUSÃO

Independentemente dos motivos que levam os homens a se reunirem em sociedade; seja por terem eles uma tendência natural ao associativismo e aproximação com outros seres humanos sendo, portanto, fruto da irracionalidade humana, ou se produto da razão humana, sendo o resultado de um acordo de vontades em busca de paz e segurança; o fato é que essa aproximação é inevitável e, dela emerge a necessidade de um poder despersonalizado que atue como centralizador do poder, organizando a sociedade, mantendo a paz, garantindo direitos e fomentando o bem estar dos cidadãos.

Esse ente, despido de personalidade física, incumbido de amplos poderes para zelar pela manutenção da sociedade, e que deve ser imparcial, pois é fruto de cessão de uma parcela mínima e necessária da liberdade de todos os seus cidadãos é o Estado. Figura que veio para substituir o poder que era constituído aos antigos “chefes” das sociedades primitivas e que deve ser imparcial na aplicação e distribuição de direitos e obrigações aos seus cidadãos.

Com o surgimento da figura do Estado moderno, a qual se deu com o fim da idade média e está alicerçada na ideia de soberania nacional, começam a organizarem-se os primeiros governos. Sendo inicialmente oriundos da centralização dos poderes nas mãos dos monarcas, originando Estados extremamente fortes e tirânicos, chamados de absolutistas, nos quais o poder era centralizado nas mãos do monarca que o fundamentava como sendo de origem divina tendo sido lhe entregue esse poder como se fosse uma dádiva. Durante a vigência dessas formas de governo a população em sua grande maioria vivia à margem do poder político, econômico, desprovida de qualquer forma de amparo estatal.

Boa parte em função da indignação da burguesia e dos ideais iluministas fomentados financeiramente por essa mesma burguesia, o Estado passa a ser encarado não mais como um poder soberano e inquestionável de origem divina, mas como sendo um poder constituído pelo povo que a ele se submete para prover os seus próprios anseios.

Diante dessa concepção passa-se então a visualizar a necessidade de um Estado menos intervencionista e mais liberal, comprometido em seguir a lei visto que todas as pessoas são iguais em direitos e obrigações e que o Estado só existe por que os cidadãos o legitimam reconhecendo a sua autoridade voluntariamente. È desse entendimento que surge a concepção de Estado de Direito.

Em substituição ao Estado absolutista surge o Estado liberal, que tem uma atuação negativa, e abstencionista - típico fruto dos ideais da burguesia capitalista - focado exclusivamente em assegurar a manutenção dos direitos à liberdade, vida, propriedade privada, privacidade, etc. Diante desse abstencionismo ficam livres de intervenção as forças econômicas e de mercado, tendo o Estado adotado uma posição de simples mantenedor da ordem, deixando desamparada a classe menos favorecida que passa a ser explorada pela burguesia e então começa a lutar por um Estado mais ativo e que implemente políticas sociais e garanta um mínimo de dignidade a todos os seus cidadãos.

Nesse viés tem-se a concepção do Estado social, que tem uma postura ativa, intervencionista e reguladora do poder econômico, objetivando justiça social e a igualdade de direitos e condições a todos os cidadãos. Surge como sendo uma possibilidade para melhorar as condições de vida da população menos favorecidas economicamente, a classe proletária.

O modelo social de Estado acabou por dar origem a Estados fortes, intervencionistas, na maioria das vezes com governos totalitários, ditatoriais e extremistas, o que também desagradou à população, pois, ao mesmo tempo em que quer ver os direitos sociais garantidos pretende que os direitos de liberdade também lhe sejam assegurados. Constatando que o Estado Social não se apresentava como o melhor modelo de Estado, os movimentos sociais dão início à transição para o modelo tido como mais apropriado contemporaneamente e de maior difusão nos Estados a nível mundial, o Estado Democrático de Direito.

Este modelo surge, no pós-segunda guerra, como um meio termo entre o Estado forte e intervencionista e o Estado fraco e abstencionista; entre os ideais de capitalismo e socialismo; entre o liberalismo e o autoritarismo e principalmente constituindo-se como uma promessa de efetivação dos direitos de liberdade, dos direitos sociais e dos direitos coletivos ou de fraternidade e solidariedade.

Figura o Estado Democrático de Direito como um ideal que engloba aqueles outros dois modelos, sendo caracterizado pela sua flexibilização, implementação da vontade popular, garantia de tratamento igual e de igualdade de oportunidade a todos os cidadãos, associada a

um conjunto de amplas liberdades.

Nesse modelo, o Estado, ao mesmo tempo em que deve assegurar e efetivar os direitos de todos os cidadãos, também deve estar submetido ao direito, atuando sob as regras que a “população criou” e que a todos se aplicam. Pode-se, então, afirmar que o Estado deve estar focado nos ideais de democracia e de direito, mas de maneira muito mais abrangente deverá procurar efetivar os princípios, direitos e garantias fundamentais elencados na sua constituição, pois que somente assim poderá verdadeiramente se constituir em um Estado Democrático de Direito.

Tem esse modelo de Estado, especial comprometimento em harmonizar os interesses públicos, privados e coletivos. E seu submetimento ao direito está caracterizado pela adoção de cartas constitucionais com textos que asseguram aos cidadãos amplos direitos e garantias fundamentais, os quais se constituem em princípios que devem ser considerados em todas as decisões a serem tomadas, e principalmente nas que envolvam a criação e a aplicação do direito penal.

Assim, enquanto as constituições são responsáveis por dar forma ao Estado também estabelecem limitações para o Exercício de seu poder. É nesse sentido, que os princípios devem estar sempre em mente quando se trata do direito penal num Estado em que vigora o modelo Democrático de Direito, como é justamente o caso brasileiro. Haja vista que no exercício de toda a cadeia executória do seu poder punitivo o Estado deve considerar que tem um compromisso para com o direito devendo a ele submeter-se, de modo que os princípios que limitam seu exercício não podem ser relegados em nome de políticas criminais voltadas a proteção de minorias mais favorecidas economicamente.

A importância dessas limitações ao poder punitivo estatal se revela frente o mau uso das políticas criminais, as quais têm uma tendência crescente à maximização do Direito penal com aumento do número de condutas criminalizadas e o endurecimento das penas a contrasenso do que os princípios limitadores do poder punitivo estatal pregam que é o seu emprego em últimos casos, para tutelar as condutas mais graves e que ofendam bens jurídicos de caráter relevante e, somente quando os outros meios de controle social não puderem oferecer resposta satisfatória no controle das condutas desviadas.

No Estado brasileiro, pelas suas características e consoante disposição de seu texto constitucional vivencia-se a existência de um Estado Democrático de Direito e, portanto, não se pode conceber a pretensão de vigência de um sistema processual de natureza inquisitória,

sendo necessário que os magistrados entendam ser seu papel o de mero espectador imparcial, que tem o dever de conduzir o ritual processualístico, sem pender para qualquer dos lados.

Desta forma, a atividade jurisdicional, deverá ser prestada conforme os limites previstos pela Constituição e que normalmente se materializam em princípios, focando-a na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, repelindo arbitrariedades estatais e assegurando igualdade de armas à acusação e à defesa mediante o devido processo legal. Logo, somente poderá ser tido como legítima a sentença devidamente fundamentada e que se pautar nas provas produzidas em contraditório.

Fatos estes que levam à conclusão de que a verdade a ser buscada no processo penal é processual, ou seja, é aquela que se encontra no processo e que foi produzida em contraditório, sob a supervisão de um juiz imparcial. Assim se estará concretizando o sistema processual acusatório em detrimento do abominável sistema inquisitivo e por consequência privilegiando o princípio da presunção da inocência que deve nortear o processo penal.

Se a existência do Estado é *conditio sine qua non* para que possa haver organização no convívio em sociedade, de modo que se visualiza na sua ausência a anarquia e a desordem. O Direito Penal é importante ferramenta à sua disposição na manutenção da regularidade social. Porém, muitas vezes seu uso passa a ser extremado, conquanto pela disposição dos princípios limitadores do poder punitivo estatal seu emprego devesse ser reduzido ao mínimo necessário.

Praticamente toda a legislação penal e processual penal, tanto comum quanto a castrense, são anteriores à constituição do Estado Democrático de Direito no Brasil e como a nova Constituição não as revogou expressamente, resultou que elas acabaram por ser recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.

Muito embora tenha ocorrido essa recepção da lei como um todo, deve-se conceber que o conteúdo da lei só é recepcionado naquilo que não se opõem a essa nova Carta Magna, de modo que essas legislações não foram recepcionadas por completo e sim parcialmente, pois em boa parte de seus dispositivos encontra-se discrepância para com o assegurado constitucionalmente. Portanto, como não podem os seus textos pretenderem sobrepor-se ao texto constitucional naquilo que esta lhes for contrária e inexistindo alteração nestes dispositivos, só o que pode ocorrer quanto a eles é o seu desuso.

Diga-se que aqueles textos, pelo seu arcaísmo, em muito desrespeitam preceitos e princípios na Constituição vigentes e, portanto tais matérias estariam revogadas por falta de receptividade, porém de nada adianta estarem revogados devido a sua não recepção, se os

magistrados de primeiras instâncias assim não reconhecem e continuam a aplicar aqueles retrógrados dispositivos.

Quanto ao direito penal militar, tem ele sua importância constitucionalmente reconhecida na proteção da hierarquia e disciplina militares, porém seu emprego no mais das vezes seria desnecessário, haja vista verificar-se que diversas das condutas por ele abarcadas também o são pela legislação administrativa, de modo que o seu emprego se torna inadequado, pois descumprir aqueles princípios que impõem o uso do direito penal como *ultima ratio*.

Essa é a situação do crime de embriaguez militar, a qual se constitui em clara afronta a diversos princípios limitadores do poder punitivo estatal, de modo que esta conduta poderia e deveria ser descriminalizada, por ser de igual forma abarcada pela legislação administrativa. Ademais se pode constatar na criminalização desta conduta ofensa aos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da insignificância. De modo que a sua remoção da legislação penal não traria nenhum prejuízo para a administração das instituições militares, bem como auxiliaria o Direito penal militar a compatibilizar-se com os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito brasileiro.

No quesito comprovação do crime de embriaguez militar, o entendimento é que não pode ocorrer condenação baseada, exclusivamente, em provas testemunhais e na confissão do réu.

Tal posicionamento decorre do fato de que tanto o Código de Processo Penal Militar quanto o Código de Processo Penal reconhecem que sempre que o delito deixar vestígios será necessário o exame de corpo de delito direto ou indireto não podendo supri-la a confissão do acusado. Dada a fragilidade das provas testemunhais e a previsão do texto da lei, que é taxativa ao prever que não pode a confissão do acusado suprir a sua falta não há como se conceber uma condenação nesses termos.

No tocante ao exame de corpo de delito indireto, previsto no art. 328 do CPM como possível, também há que se visualizar o seu uso com certa cautela, pois o que se faz por meio de seu emprego é uma reconhecimento baseada na junção de elementos apanhados aleatoriamente, e não uma prova que foi previamente constituída pensando-se justamente numa futura ação penal. E nesse sentido deve se ter em mente que é obrigação do Estado produzir as provas necessárias para uma possível condenação, e que esta deverá ser feita no momento oportuno, portanto, as perícias médicas, quer sejam clínicas ou laboratoriais deverão ser feitas enquanto

o suspeito encontra-se em suposto estado de embriaguez, o que afasta o uso do exame de corpo de delito indireto.

Ainda, quando da apreciação das provas, muito embora esteja o magistrado livre para tomar sua decisão, desde que devidamente motivada, deverá ele considerar que tem a acusação o dever de provar os fatos que está alegando e, portanto, ciente deste dever, não deverá sequer receber uma denúncia na qual não conste prova pericial da embriaguez. Mas, em recebendo-a, quando da prolação da sentença, em consequência dessa ausência de materialidade deverá sentenciar *in dubio pro reo*, pois não restou devidamente comprovada no processo a prática do delito.

Considera-se impossível uma condenação nesses termos, nem se imagina, a hipótese de existir uma prisão em flagrante sem que haja a existência de exame de corpo de delito atestando a embriaguez e materializando-a, posto que a sua ausência é causa de nulidade na forma do art. 500, III, “b” do CPPM.

No que diz respeito à possibilidade de uma condenação baseada exclusivamente em valores numéricos, há que se avaliar com ressalva, pois consoante demonstra o estudo realizado os efeitos podem ser completamente diferentes em pessoas que hajam consumido uma mesma quantidade de substância entorpecente e, portanto seu uso só poderá demonstrar que o acusado consumiu aquela substância evidenciando a quantidade presente em seu organismo.

Prova esta que não tem a capacidade de revelar se o agente realmente se encontrava em estado de embriaguez como prevê o tipo penal, justamente por que o tipo penal não foi expresso em dizer quais as quantidades aptas a induzirem o agente ao estado de embriaguez. De modo que essa espécie de prova pericial somente poderá motivar uma condenação quando corroborada por outros tipos de prova que indiquem efetivamente estar o agente em estado de embriaguez.

Assim, não bastam os testes do tipo laboratorial indicando a ocorrência e a concentração da substância inebriante na corrente sanguínea, no ar expelido dos pulmões, na saliva, para que possa haver a condenação pelo delito de embriaguez, pois, muito embora a concentração possa ser elevadíssima prepondera o entendimento de que os exames laboratoriais ou por meio de instrumentos que indiquem valores, não são suficientes haja vista o fato de que o tipo penal apresenta um conceito que é relativamente amplo e aberto a entendimentos.

Deste modo a comprovação da embriaguez deverá ser corroborada por exame pericial, devidamente confeccionado por perito capacitado, que ateste estar o ébrio em estado de embriaguez, possuindo, assim, suas funções motoras, psíquicas e emocionais alteradas.

Portanto, conclui-se, que ante a previsão do tipo penal, que condicionou a materialização delitiva à prática de uma conduta genérica, a sua efetiva constatação somente poderá ocorrer por meio exame de corpo de delito direto, dadas as peculiaridades da constatação deste estado e da previsão legal que exige, sob pena de nulidade processual, a juntada deste exame ao processo.

Porém, quando o exame pericial feito diretamente no agente não identificar expressamente que este se encontrava em estado de embriaguez, trazendo em seu bojo apenas uma expressão quantitativa da substância que exercia efeito sobre ele, somente visualiza-se a possibilidade de condenação se no processo houver outros meios de prova aptos a demonstrar o estado de embriaguez.

Eis, que essas deveriam ser as únicas hipóteses em que poderia ocorrer condenação de um acusado da prática do delito de embriaguez militar, considerando-se: que o processo penal se desenvolve em um Estado Democrático de Direito; que o Estado tem além do dever de promover a justiça primar para que ela se dê dentro dos ditames da lei; que incumbe ao Ministério Público e conseqüentemente ao Estado o ônus da prova; que o magistrado deve permanecer imparcial haja vista que o sistema processual brasileiro é o acusatório; que na prolação da sentença deve o juiz pautar-se exclusivamente pelas provas constantes do processo e produzidas em contraditório e; principalmente, considerando que todo o processo penal brasileiro deve pautar-se pelo princípio da Presunção da Inocência.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemus, c1983.
- BIANCHINI, Alice; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. _____. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 04 abr. 2011.
- _____. Decreto-Lei nº **2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>> Acesso em: 08 abr. 2011.
- _____. Decreto-Lei nº **3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>> Acesso em: 08 abr. 2011.
- _____. Decreto-Lei nº **1.001**, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del1001.htm>> Acesso em: 03 abr. 2011.
- _____. Decreto-Lei nº **1.002**, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del1002.htm>> Acesso em: 03 abr. 2011.
- _____. Lei n. **4.898**, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L4898.htm>> Acesso em: 05 out. 2010.
- _____. Lei n. **9.503**, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de trânsito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm> Acesso em: 07 abr. 2011.
- _____. Lei n. **11.343**, DE 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas

Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 05 abr. 2011.

_____. **STF, HC 105348 / RS - RIO GRANDE DO SUL, HABEAS CORPUS**, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Julgamento: 19/10/2010 Órgão Julgador: Segunda Turma, EMENTA: HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA MILITAR. CRIME MILITAR NÃO CARACTERIZADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM FEDERAL. CRIME DE DANO AO PATRIMÔNIO FEDERAL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. É excepcional a competência da Justiça castrense para o julgamento de civis, em tempo de paz. A tipificação da conduta de agente civil como crime militar está a depender do “intuito de atingir, de qualquer modo, a Força, no sentido de impedir, frustrar, fazer malograr, desmoralizar ou ofender o militar ou o evento ou situação em que este esteja empenhado” (Conflito de Competência 7.040, da relatoria do ministro Carlos Velloso). 2. O cometimento de delito militar por agente civil em tempo de paz se dá em caráter excepcional. Isto é, apenas quando tal cometimento se traduz em ofensa àqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem (art. 142 da Constituição Federal). 3. Na concreta situação dos autos, não se extrai, minimamente que seja, a vontade do paciente de se voltar contra as Forças Armadas, tampouco a de impedir a continuidade de eventual operação militar. Pelo que não há nenhum indicativo de que, deliberadamente, o acusado praticou qualquer ato para se contrapor a instituição militar ou a qualquer de suas específicas finalidades ou operações. Ingrediente psicológico ou subjetivo de aversão ou propósito anticastrense sem o qual não é possível atrair a competência da Justiça Militar. Precedentes: HC 81.963, da relatoria do Ministro Celso de Mello; e HCs 86.216, 100.230 e 101.206, da minha relatoria. 4. Ordem concedida tão-somente para assentar a incompetência absoluta da Justiça Militar para processar e julgar o paciente. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=incompet%EAncia+justi%E7a+militar&pagina=1&base=baseAcordaos>> Acesso em: 28 mar. 2011.

_____. **STF, HC 101759 / MG - MINAS GERAIS, HABEAS CORPUS**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 10/08/2010, Órgão Julgador: Segunda Turma, Ementa: CRIME MILITAR (CPM, ART. 290) - POSSE (OU PORTE) DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - QUANTIDADE ÍNFIMA - USO PRÓPRIO - DELITO PERPETRADO DENTRO DE ORGANIZAÇÃO MILITAR - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - APLICABILIDADE - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - PEDIDO DEFERIDO. - Aplica-se, ao delito castrense de posse (ou porte) de substância entorpecente, desde que em quantidade ínfima e destinada a uso próprio, ainda que cometido no interior de Organização Militar, o princípio da insignificância, que se qualifica como fator de descaracterização material da própria tipicidade penal. Precedentes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA MILITAR&base=baseAcordaos>> Acesso em: 28 out. 2010.

CARVALHO, Esdras dos Santos. **O direito processual penal militar**: numa visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do

Advogado, 2000.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 7. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. _____. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

DMITRUK ORTIZ, Hilda Beatriz. **Cadernos metodológicos: diretrizes do trabalho científico**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Chapecó: Argos, 2008.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. 10. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral: introdução**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA FILHO, Jader de Azevedo; CANZI, Idir. **A medida provisória frente ao estado democrático de direito**. 2008. Monografia de (Conclusão do curso de Direito) Universidade Comunitária Regional de Chapecó, 2008.

LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 3. ed. Atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

_____. **Direito processual penal militar**. Rio de Janeiro: Método, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito penal militar**. 2. ed. São Paulo: Atlas SA, 1999.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: Atlas SA, 1993.

_____. **Embriaguez delituosa**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Processo penal militar**. 5.ed. São Paulo: Atlas SA, 2000.

MACHIAVELLI, Niccolo. **O príncipe**. 20. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Prescrição penal: direito penal militar, lei de proteção da ordem econômica, ação penal, decadência.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. (coleção temas jurídicos).

MIGUEL, Claudio Amin; COLDIBELLI, Nelson. **Elementos de direito processual penal militar.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Apontamentos de direito penal militar: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal: comentado.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Guilherme de Souza. **Prova no processo penal:** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 11. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. _____. 10. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Direito e sociedade no oriente antigo: Mesopotâmia e Egito.** In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito.** 3. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PRADO, Amauri Renó do. **Manual de processo penal: conhecimento e execução penal.** 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

PRADO, Geraldo Luiz M. **Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 12. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. _____. 11. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTA CATARINA. (Estado) **Decreto n. 12.112** - de 16 de setembro de 1980. Aprova o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Santa Catarina (RDPMSC). Disponível em: <<http://www.aprasc.org.br/biblioteca/Regulamento%20Disciplinar%20da%20PMSC.doc>> Acesso em: 08 out. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do Estado.** 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2006.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. _____. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito.** 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Fundamentos de história do direito.** 3. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

APÊNDICES

APÊNDICE A

Atestado de Autenticidade da Monografia

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA

Eu, Márcio Leuze, estudante do Curso de Direito, código de matrícula n. 200420051, declaro ter pleno conhecimento do Regulamento da Monografia, bem como das regras referentes ao seu desenvolvimento.

Atesto que a presente Monografia é de minha autoria, ciente de que poderei sofrer sanções nas esferas administrativa, civil e penal, caso seja comprovado cópia e/ou aquisição de trabalhos de terceiros, além do prejuízo de medidas de caráter educacional, como a reprovação no componente curricular Monografia II, o que impedirá a obtenção do Diploma de Conclusão do Curso de Graduação.

Chapecó (SC), 16 de maio de 2011.

Márcio Leuze

APÊNDICE B

Termo de Solicitação de Banca

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA

Encaminho a Coordenação do Núcleo de Monografia o trabalho monográfico de conclusão de curso do estudante Márcio Leuze, cujo título é **ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS PENAIS DO CRIME DE EMBRIAGUEZ MILITAR: NECESSIDADE DE UMA (RE)LEITURA CONSTITUCIONAL A PARTIR DOS PRECEITOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO**, realizado sob minha orientação.

Em relação ao trabalho, considero-o apto a ser submetido à Banca Examinadora, vez que preenche os requisitos metodológicos e científicos exigidos em trabalhos da espécie.

Para tanto, solicito as providências cabíveis para a realização da defesa regulamentar.

Indica-se como membro convidado da banca examinadora: Marli Canello Modesti.

Chapecó (SC), 16 de maio de 2011.

Gláucio Wandré Vicentin