

Rogério Sanches Cunha

Ronaldo Batista Pinto

Código  
de **PROCESSO PENAL** e  
Lei de **EXECUÇÃO PENAL**

Comentados

— Artigo por artigo —

- Doutrina • Jurisprudência
- Destaques para aspectos circunstanciais

7<sup>a</sup> | revista  
edição | atualizada  
ampliada

**CPP+LEP**  
Comentados

2023

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei:

## LIVRO I DO PROCESSO EM GERAL

### TÍTULO I DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

**Art. 1º** O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados:

I - os tratados, as convenções e regras de direito internacional;

II - as prerrogativas constitucionais do Presidente da República, dos ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente da República, e dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade (Constituição, arts. 86, 89, § 2º, e 100);

III - os processos da competência da Justiça Militar;

IV - os processos da competência do tribunal especial (Constituição, art. 122, nº 17);

V - os processos por crimes de imprensa. (Vide ADPF nº 130)

**Parágrafo único.** Aplicar-se-á, entretanto, este Código aos processos referidos nos nºs. IV e V, quando as leis especiais que os regulam não dispuserem de modo diverso.

**Histórico** - Anteriormente à edição do Código de Processo Penal, em 1941 e de sua entrada em vigor, em 1º de janeiro do ano seguinte, o país não possuía um código único, que fosse adotado em todo o território nacional, mas, ao contrário, eram vários os códigos, para cada um dos estados que compunham a Federação, além do Distrito Federal. Alguns Estados tinham, então, seus códigos próprios (Bahia, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul etc.) e, outros, como São Paulo, Pará, Goiás, aplicavam o Código Imperial de 1832, com algumas modificações esparsas. Ocorre que a Constituição de 1937 dispunha, em seu art. 16, inc. XVI, que competia à União, privativamente, legislar sobre direito processual, norma também prevista na Carta de 1934 (art. 5º, inc. XIX, “a”). Aliás, esta última Constituição, de 1934, em suas disposições transitórias, já previra a nomeação de uma comissão, composta por “três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado”, para

que em três meses apresentasse um projeto de Código de Processo Penal. Passou-se bem mais que os três meses inicialmente previstos até que, em 1941, foi apresentado o atual Código de Processo Penal, para vigorar em todo o país, atendendo, assim, ao mandamento constitucional, não mais se cogitando, com isso, da existência dos códigos estaduais. É o chamado *princípio da unidade* do Código de Processo Penal, que vige em todo o país.

**Vigência em todo o país** – Em seu art. 1º, o código estabelece que sua aplicação se estenderá a todo o território brasileiro, em adoção ao chamado *princípio da territorialidade*, pelo qual a lei penal brasileira se aplica às infrações penais praticadas no território nacional. Cuida-se de matéria também tratada no Código Penal, que, em seu art. 5º, impõe a aplicação da lei brasileira ao crime cometido em território nacional (*locus regit actum*). Esse princípio, porém, não é absoluto, já que o próprio código, no dispositivo em estudo, prevê exceções à regra geral, pelo que se diz ter o legislador adotado o princípio da *territorialidade temperada* ou *mitigada*.

**Território nacional** – No conceito de *território* se inclui, de início, o espaço físico (solo e subsolo), delimitado por fronteiras, secas ou molhadas, abrangendo, ainda, as águas interiores (rios). Mas, além disso, compõem ainda o território brasileiro o *mar territorial* e o *espaço aéreo*.

**Mar territorial** – Como *mar territorial brasileiro* se entende, nos termos do art. 1º, *caput* da Lei nº 8.617/1993, “uma faixa de doze milhas marítima de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil”. Outras regiões, que não se incluem no conceito acima, também compõem o mar territorial brasileiro, como a plataforma continental (art. 11), a *zona contígua* (art. 4º) e a *zona econômica exclusiva* (art. 6º).

**Espaço aéreo** – Vem definido no art. 11 da Lei 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), sendo assim considerado “o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial”. E até que altura? Considera a doutrina que o espaço aéreo vai até onde termina a atmosfera. “A partir daí surge o denominado espaço-extra-atmosférico, que se assemelha ao alto-mar”, no dizer de Tourinho Filho (*Código de Processo Penal comentado*, São Paulo: Saraiva, 2005, 9ª. ed. 2005, p. 3).

**Embarcações e aeronaves** – Faz parte, ainda, do território nacional, na dicção do art. 5º, § 1º, do Código Penal, “as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar”. É o que a doutrina denomina “*Território por extensão*”, “*ficto*” ou “*flutuante*”.

**Crimes cometidos no exterior** – De se ver, ainda, que o art. 7º, do Código Penal, lista os crimes que, conquanto perpetrados no exterior, submetem-se à lei brasileira. Assim, por exemplo, quando cometidos contra a vida ou liberdade do Presidente da República (inc. I, *a*) ou contra o patrimônio nacional (inc. I, *b*). Mas aí já não se trata de território nacional ou da extensão dele, mas, ao contrário, da adoção do princípio da extraterritorialidade, a permitir a aplicação da lei brasileira a fatos cometidos no exterior.

**Crime cometido no estrangeiro e negativa de extradição** – É sabido que, consoante regra geral, “aplica-se a lei brasileira [...] ao crime cometido no território nacional”, na letra do art.

5º do Código Penal. O mesmo códex, porém, prevê a possibilidade da sujeição do agente à lei brasileira, mesmo quando cometido o crime no exterior. Trata-se do chamado *princípio da extraterritorialidade*, cabível quando presentes os diversos requisitos elencados no art. 7º, do CP. Pois bem. Calhou ao STJ apreciar interessante situação, noticiada em seu Informativo: n. 625, de março de 2018. Assim, praticado um crime, por brasileiro nato, em Portugal, contra a fé pública daquele país e sem qualquer envolvimento com o Brasil, o agente retornou a nosso país, circunstância que impediu sua extradição (art. 5º, inc. LI, da Constituição), que fora pedida por Portugal. Nesse caso, porém, conquanto negada a extradição, o *Tribunal da Cidadania* entendeu pela competência da Justiça Federal para julgar o nacional.

Vem assim fundamentada a decisão: “Por se tratar de crime praticado por agente de nacionalidade brasileira, não é possível a extradição, em conformidade com o art. 5º, LI, da CF/88. Aplicável, no caso, o Decreto n. 1.325/1994, que incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro o Tratado de Extradição entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa, no qual estabelece, na impossibilidade de extradição por ser nacional da parte requerida, a obrigação de ‘submeter o infrator a julgamento pelo Tribunal competente e, em conformidade com a sua lei, pelos fatos que fundamentaram, ou poderiam ter fundamentado, o pedido de extradição’ (art. IV, 1, do Tratado de Extradição). Além disso, cabe à União, segundo dispõem os arts. 21, I, e 84, VII e VIII, da Carta da República, manter relações com estados estrangeiros e cumprir os tratados firmados, fixando-se a sua responsabilidade na *persecutio criminis* nas hipóteses de crimes praticados por brasileiros no exterior, na qual haja incidência da norma interna – no caso, o Direito Penal interno – e não seja possível a extradição. No plano interno, em decorrência da repercussão das relações da União com estados estrangeiros e o cumprimento dos tratados internacionais firmados, a cooperação passiva, a teor dos arts. 105 e 109, X, da CF/88, impõe a execução de rogatórias pela Justiça Federal após a chancela por esta Corte Superior. Assim, compete à Justiça Federal o processamento e o julgamento da ação penal que versa sobre crime praticado no exterior, o qual tenha sido transferida para a jurisdição brasileira, por negativa de extradição, aplicável o art. 109, IV, da CF/88” (STJ – CC 154.656-MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 25/04/2018).

**ATENÇÃO:** O autor de crime no estrangeiro, que entrar no nosso território, não será, em regra, extraditado (havendo exceções no caso do naturalizado). Contudo, sendo processado e condenado no estrangeiro, pode ser transferida para o Brasil a execução da pena. É o que dispõe os arts. 100 e ss da Lei de Migração.

**Conclusão** – Em suma, acompanhando a lição de Carlos Frederico Coelho Nogueira, podemos concluir que o Código de Processo Penal é aplicável “às infrações penais perpetradas no território nacional, bem como em seu espaço aéreo e em seu mar territorial, abrangidos ainda o *território ficto* ou *por extensão*, ou *flutuante*, e, dentro dos limites do exercício da soberania parcial, também a plataforma continental, a zona contígua e a zona exclusiva econômica” (*Comentários ao CPP*, Bauru: Edipro, 1ª. ed., 2002, vol. 1, p. 61).

## JURISPRUDÊNCIA

### Princípio da extraterritorialidade

“Em matéria penal deve-se adotar, a princípio, o princípio da territorialidade, desenvolvendo-se na justiça pátria o processo e os respectivos incidentes, não se podendo olvidar, outrossim, de eventuais tratados ou ou-

tras normas internacionais a que o país tenha aderido, nos termos dos artigos 1º do Código de Processo Penal e 5º, caput, do Código Penal. Doutrina. Na hipótese em apreço, imputa-se ao paciente o delito de evasão de divisas, cujo processo e julgamento, bem como os eventuais incidentes, compete à Justiça Brasileira, de modo que a quebra de seu sigilo bancário encontra-se inserida na jurisdição pátria, não se podendo acoirar de incompetente a magistrada da 5ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro simplesmente porque a conta pertencente ao acusado estaria localizada fora do território nacional. Apenas a execução da medida, por depender de providências a serem tomadas em outro país, dependerá da aquiescência do Estado estrangeiro, que a realizará ou não a depender da observância das normas internas e de direito internacional a que se sujeita, sendo que, *in casu*, como visto, existe Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal a respaldar o envio da documentação e das informações requeridas pelo Ministério Público Federal e autorizadas judicialmente” (STJ – HC nº 147375-RJ, Rel. Jorge Mussi, j. 22.11. 2011, DJe 19.12.2011).

### **Quebra de sigilo bancário no exterior. Desnecessidade de autorização da justiça brasileira**

“Em matéria penal adota-se, em regra, o princípio da territorialidade, desenvolvendo-se na justiça pátria o processo e os respectivos incidentes, não se podendo olvidar, outrossim, de eventuais tratados ou outras normas internacionais a que o país tenha aderido, nos termos dos artigos 1º do Código de Processo Penal e 5º, caput, do Código Penal. Doutrina. No caso dos autos, inexistente qualquer ilegalidade na quebra do sigilo bancário dos acusados, uma vez que a medida foi realizada para a obtenção de provas em investigação em curso nos Estados Unidos da América, tendo sido implementada de acordo com as normas do ordenamento jurídico lá vigente, sendo certo que a documentação referente ao resultado da medida invasiva foi posteriormente compartilhada com o Brasil por meio de acordo existente entre os países” (STJ – HC nº 231633- PR, Rel. Jorge Mussi, j. 25.11.2014).

## ***I – os tratados, as convenções e regras de direito internacional;***

**Tratados e convenções** – Os Estados internacionais, considerados pessoas jurídicas de Direito Internacional Público, ajustam entre si inúmeras formas de relacionamento, que se instrumentalizam por meio de diversos atos. Esses atos, obrigatoriamente escritos e que obedecem a regras de Direito Internacional, recebem várias denominações, sendo as mais usuais o tratado, a convenção, o acordo, o protocolo, o memorando, o convênio etc.

De interesse temos o tratado e a convenção, mesmo porque os demais (acordo, protocolo, memorando, convênio), costumam se referir a questões de natureza política, econômica, comercial, cultural, científica e técnica, que fogem ao âmbito de nosso trabalho.

**Conceitos** – Consiste o tratado em um acordo escrito, fruto da convergência de vontade de dois (tratado bilateral) ou mais entes (tratado multilateral), de direito internacional, cujos efeitos se irradiarão no plano internacional. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de maio de 1969, conceitua “tratado” como “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer esteja consignado num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, e qualquer que seja a sua denominação particular” (art. 1º, 1, “a”). Essa Convenção, em nosso país, após aprovação do Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 496/2009), foi promulgada pelo, pela Presidência da República, por meio do Decreto nº 7.030/2009.

Como expressão praticamente sinônima temos a convenção que, a rigor, difere-se do tratado apenas quanto à extensão, que geralmente é mais ampla e abrangente, fruto de conclusões extraídas de conferências internacionais, versando sobre temas de interesses gerais.

Mais importante, contudo, do que a denominação que se empregue ao acordo (tratado ou convenção), é a vontade expressa pela nação que o firmou, posto que se obriga a

respeitá-lo e ao inseri-lo no âmbito de seu direito interno. Nesse sentido o art. 5º, § 2º da Constituição, que prevê expressamente a obediência aos tratados internacionais, ao dispor que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

**Status dos tratados e convenções em nosso direito interno** – Objeto de grande debate na doutrina e jurisprudência diz respeito à forma pela qual os tratados e convenções, ratificados pelo Brasil, ingressam em nosso Direito, ou, em outras palavras, qual a hierarquia que ostentam esses diplomas no arcabouço legislativo interno.

**Teoria dualista e monista** – Surge o debate, nesse ponto, sobre as duas teorias que inspiram as formas de integração do direito internacional no ordenamento jurídico interno de cada país: a *teoria dualista*, a não admitir a imediata incorporação dos tratados internacionais, que exigiria, assim, a prática de um ato jurídico interno, de forma que o tratado somente teria vigência quando precedido de uma lei interna, votada segundo o sistema legislativo de cada país. E a *teoria monista*, para quem o tratado internacional, uma vez subscrito, irradia efeitos imediatos, prescindindo de qualquer ato posterior que o ratifique.

Nosso direito adotou a teoria dualista, ao prever que, após a ratificação do tratado ou convenção no âmbito internacional, internamente seja praticado um ato subjetivamente complexo, consistente, primeiro, na aprovação pelo Congresso Nacional, por decreto, do ato (art. 49, inc. I da CF), e posterior promulgação, pelo Presidente da República (art. 84, inc. VII da CF).

**ATENÇÃO** – Temos corrente lecionando que o Brasil não adotou nem a teoria monista nem a dualista, pois os tratados precisam ser promulgados na ordem interna (o que afasta o monismo), mas não são transformados em lei interna (o que afasta o dualismo), sendo aplicados como norma internacional. Ensinam, portanto, que o Brasil teria adotado a corrente dualista moderada.

Essa conclusão não responde à indagação inicial: uma vez promulgado o tratado, com qual *status* ele ingressa no ordenamento jurídico interno? Depende da natureza do tratado ou convenção. Caso o ato cuide de tema estranho aos direitos humanos, sua incorporação à ordem jurídica interna se dá na condição de lei ordinária, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, abaixo transcrito. Já se o tratado ou convenção tiver por objeto os direitos humanos, passa a se equivaler às emendas constitucionais, nos termos do art. 5º, § 3º da Constituição, com a alteração implantada pela Emenda Constitucional nº. 45/2004. É o entendimento de Valério Mazzuoli, segundo o qual “com base nesse dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior” (*Curso de Direito Internacional Público*. 2ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2007, p. 302). Ainda nesse sentido, Flávia Piovesan (*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 82).

Essa é uma primeira posição. Há que sustente, porém, que as normas internacionais se constituem em uma categoria *sui generis*, ocupando uma posição superior às normas infraconstitucionais (Código de Processo Penal, leis esparsas, etc.), mas inferior à Constituição, vez que está tem supremacia sobre todo o ordenamento jurídico pátrio.

**Posição do Supremo Tribunal Federal** – Face ao exposto, podemos resumir o entendimento da mais alta Corte do país da seguinte forma: 1) caso o tratado verse sobre outra matéria que não os direitos humanos, ele ingressa em nosso ordenamento jurídico no mesmo plano de validade e eficácia das leis ordinárias; 2) para os tratados que versem sobre direitos humanos “são duas as possibilidades atualmente reconhecidas pelo STF: a) hierarquia (equivalente) de emenda constitucional, no caso dos tratados de direitos humanos incorporados mediante observância do rito estabelecido pelo parágrafo 3º do artigo 5º da CF; b) hierarquia supralegal, aplicável aos tratados de direitos humanos ratificados pelo sistema convencional, por meio de Decreto Legislativo aprovado com maioria simples”. Este último é o posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet (Integração dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico. *Site* conjur, acessado em 27.03.2015).

## JURISPRUDÊNCIA

### **Incorporação em nosso Direito na condição de lei ordinária (tratando-se de matéria que não versa sobre direito humanos)**

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*‘lex posterior derogat priori’*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes” (STF – ADI 1480 MC, Rel. Celso de Mello – j. 04.09.1997, DJ 18.05.2001, p. 429).

### ***II - as prerrogativas constitucionais do Presidente da República, dos ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente da República, e dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade (Constituição, arts. 86, 89, § 2º, e 100);***

**Jurisdição especial ou extraordinária** – Dentro da divisão clássica sugerida por Montesquieu, cabe ao Poder Judiciário a atribuição de dizer o direito, isto é, de dirimir os conflitos e, que mais nos interessa, de julgar os processos criminais, aplicando, se for o caso, as penas respectivas. Daí a regra geral prevista no “caput” deste dispositivo, segundo a qual o código tem incidência em todo território nacional. Surge, aqui, porém, mais uma exceção à regra geral, quando se autoriza que outro órgão, no caso o Poder Legislativo, conheça de determinados processos, aplicando regras procedimentais próprias, diversas daquelas previstas no Código de Processo Penal. Trata-se, pois, de um julgamento político, no sentido de que é o Poder Legislativo investido extraordinariamente, pela Constituição, do poder de julgar.

**Crimes de responsabilidade** – É necessária, porém, boa dose de cautela com a expressão “crime de responsabilidade”. Trata-se de expressão com múltiplas acepções. Não se pode confundir, por exemplo, os crimes de responsabilidade previstos no art. 1º do Decreto-Lei n.º 201/67 com aqueles previstos no art. 85 da Constituição Federal. Este último dispositivo constitucional trata de crimes de responsabilidade do presidente da República e enumera as condutas assim consideradas. São os atos que atentem contra: a) a existência da União; b) o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; c) o exercício dos direitos políticos,

individuais e sociais; d) a segurança interna do País; e) a probidade na administração; f) a lei orçamentária; g) o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Como se percebe, os crimes de responsabilidade previstos na Constituição Federal não constituem infrações penais, mas sim infrações políticas. Não são, portanto, crimes em sentido estrito. Por isso, o julgamento de tais “crimes” é igualmente político, realizado pelo Senado Federal.

**Constituições Estaduais** – Nada impede, outrossim, que constituições estaduais, no âmbito da respectiva unidade da federação, prevejam as mesmas disposições, no que se refere às autoridades estaduais (governador, vice-governador, secretários de estado, etc.). Isso em adoção ao chamado *princípio da simetria*, a permitir que determinada regra, prevista no âmbito federal, sirva de paradigma para a legislação estadual. Trata-se, com efeito, de “construção pretoriana tendente a garantir, quanto aos aspectos reputados substanciais, homogeneidade na disciplina normativa da separação, independência e harmonia dos poderes, nos três planos federativos. Seu fundamento mais direto está no art. 25 da CF e no art. 11 de seu ADCT, que determinam aos Estados-membros a observância dos princípios da Constituição da República”, segundo voto do Ministro Cezar Peluso, na ADI nº 4.298-MC, j. 07.10.2009, DJe 27.11.2009).

Mas essa reprodução da norma federal não pode, em absoluto, criar tipos penais ou dispor sobre matéria processual, nos termos do entendimento cristalizado na Súmula nº 722 do STF: “São da Competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento”. É dizer: é possível que disposições previstas no âmbito federal se estendam, também, ao nível estadual, quanto, por exemplo, aos detentores de função pública sujeitos ao julgamento político. Isso não pode implicar, porém, na criação, pelos estados, de normas de direito penal ou processual penal, cuja competência legislativa é privativa da União (art. 22, inc. I da CF).

**ATENÇÃO** – Parte da doutrina denomina *jurisdição política* a essa possibilidade conferida ao Parlamento de julgar as autoridades listadas na Constituição, conforme visto acima. Afinal, trata-se de uma exceção à regra geral segundo a qual a função de julgar é privativa do Poder Judiciário. Outros discordam dessa denominação, na medida em que ao Poder Judiciário – e notadamente – ao STF, será sempre conferida a possibilidade de rever esse julgamento, não sob o aspecto discricionário, mas sob o prisma da legalidade, “faltando assim a essas decisões, um dos requisitos mais marcantes da verdadeira jurisdição, a definitividade”, segundo Carlos Frederico Coelho Nogueira (ob. cit., p. 75).

## JURISPRUDÊNCIA

### Competência privativa da União para normas penais e processuais penais

“A definição das condutas típicas configuradoras do crime de responsabilidade e o estabelecimento de regras que disciplinem o processo e julgamento das agentes políticos federais, estaduais ou municipais envolvidos são da competência legislativa privativa da União e devem ser tratados em lei nacional especial (art. 85 da Constituição da República). Precedentes” (STF – ADI 2220 – SP – Rel. Cármen Lúcia, j. 16.11.2011, DJe 07.12.2011).

### III - os processos da competência da Justiça Militar;

**Justiça Militar** – Escapa, ainda, da aplicação do Código de Processo Penal os crimes de competência da Justiça Militar ou castrense. Trata-se de órgão jurisdicional que possui ex-



pressa previsão constitucional, formado, nos termos do art. 122 da CF, pelo Superior Tribunal Militar e pelos Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

**Competência** – Segundo o art. 124 da Constituição, é da competência da Justiça Militar da União, processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Sabendo que os crimes militares, nos termos do art. 9º do Código Penal Militar, podem ser cometidos por civis, a competência da Justiça Castrense Federal não se restringe a processar e julgar os militares das Forças Armadas.

A competência da Justiça Militar estadual, por sua vez, está estampada também na Constituição. O art. 125, § 4º, porém, estabelece que “compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados [Policiais e Bombeiros], nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil.

**ATENÇÃO** – Percebe-se que a Justiça Militar Estadual tem competência apenas e tão somente para julgar os militares estaduais. Já a Justiça Militar da União, julga os membros das forças armadas e, em alguns casos, os civis nos crimes praticados contra as instituições militares. Nesse tanto, porém, o Procurador-Geral da República, por meio da ADPF 289, pede que seja dada ao artigo 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar, interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, a fim de que seja reconhecida a incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz e que esses crimes sejam submetidos a julgamento pela Justiça comum, federal ou estadual. Ainda sem julgar referida ação, o STF vem limitando a competência da Justiça Militar da União, admitindo-a apenas quando o crime afetar, ainda que de forma potencial, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares.

**Ressalva** – De se observar, porém, que a despeito dessa ressalva, o STF, na análise do HC n. 127900, julgado em 03.03.2015, em que foi relator o Ministro Dias Toffoli, entendeu que o art. 400 do Código de Processo Penal, ao determinar a realização do interrogatório após a colheita da prova testemunhal, deve ser aplicado também aos crimes militares. De sorte que, embora o Código de Processo Penal Militar disponha de forma diversa, prevendo o interrogatório como o primeiro ato de instrução, decidiu a mais alta Corte do país, por maioria de votos, que a realização desse ato por último é benéfica ao réu, devendo prevalecer, por isso, os princípios da ampla de defesa e do contraditório.

**Ratio legis** – A especialidade dos crimes militares, as peculiaridades da caserna, enfim, as condições particulares que envolvem a prática e o processamento desses delitos justificariam – não sem críticas – a manutenção da Justiça Militar. Como salienta Câmara Leal, “trata-se de um sistema repressivo atinente a interesses superiores do Estado, cuja regulamentação pode oscilar, segundo o momento histórico da vida nacional, dadas as transformações políticas, fazendo-se mister alterações de ordem processual, pelo que não seria aconselhável sua inclusão em um código de natureza definitiva, destinado a uma duração mais dilatada” (*Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, vol. 1, p. 64).

**Lei nº. 13.491/2017 – A ampliação da competência da Justiça Militar e demais consequências**

**Introdução** – Foi sancionada a Lei 13.491/17, que alterou o Decreto-Lei 1.001 de 1969 – Código Penal Militar -, mais precisamente seu art. 9º.

Antes de analisar as mudanças, vamos recordar os fundamentos, jurídicos ou não, para se manter, num Estado Democrático, a Justiça Militar.

Temos aqueles que preferem justificar a criação da Justiça Militar sob a ótica da disciplina diferenciada. Do militar é exigida uma disciplina inexigível aos civis, justamente em razão da necessidade de preservação da hierarquia essencial à existência das Forças Armadas. Se a vida militar é mais regrada que a civil, nada mais justificável que a existência de um sistema penal destinado especificamente aos infratores do direito penal militar. Nesse sentido, Herrera Astrosa: “tem-se afirmado, inclusive, a necessidade não apenas da existência da Justiça Militar, mas também de leis penais e processuais penais militares, na medida em que diferentemente do que ocorre com a lei penal comum que regula fatos em que pode incorrer qualquer sujeito, a lei penal militar, quando a jurisdição é própria, só contempla certa classe de fatos que podem ser infringidos por determinada categoria de indivíduos: os militares” (*Derecho penal militar*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1971. p. 22).

Giuseppe Ciardi leciona que “o direito penal militar é um direito penal especial (não extraordinário ou excepcional), porque dirige os seus comandos a uma especial categoria de cidadãos, isto é, aos militares e aquelas pessoas que têm vínculo com as forças armadas do Estado” (*Trattato di dirittopenale militare*. Roma: Bulzone, 1970. p. 11).

No Brasil, a Justiça Militar integra o Poder Judiciário, possuindo expressa previsão constitucional, formada, nos termos do art. 122, pelo Superior Tribunal Militar e pelos Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

De acordo com o disposto no art. 124 da Constituição, é da competência da Justiça Militar da União, processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Sabendo que os crimes militares, nos termos do art. 9º do Código Penal Militar, podem ser cometidos por civis, a competência da Justiça Castrense Federal não se restringe a processar e julgar os militares das Forças Armadas.

A competência da Justiça Militar estadual, por sua vez, está estampada também na Constituição. O art. 125, §4º, porém, estabelece que “compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados [Policiais e Bombeiros], nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil.

Da simples leitura dos dois dispositivos constitucionais, percebe-se que a Justiça Militar estadual tem competência apenas e tão somente para julgar os militares estaduais. Já a Justiça Militar da União, julga os membros das forças armadas e, em alguns casos, os civis nos crimes praticados contra as instituições militares. De sua parte, o Procurador-Geral da República, por meio da ADPF 289, pede que seja dada ao artigo 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar, interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, a fim de que seja reconhecida a incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz e que esses crimes sejam submetidos a julgamento pela Justiça comum, federal ou estadual. Aliás, no direito comparado, os civis, por regra, não estão sujeitos à jurisdição militar em tempo de paz. Tal entendimento é antigo e tradicional. Ainda sem julgar referida ação, o STF vem limitando a competência da Justiça Militar da União, admitindo-a apenas quando o crime afetar, ainda que de forma potencial, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares.

No que se refere aos crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil, a competência, até o advento da novel Lei, era da Justiça Comum, estadual ou federal, devendo o miliciano submeter-se a julgamento perante o Tribunal do Júri (“salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do [...] Código Brasileiro de Aeronáutica”). Também o Código de Processo Penal Militar, em seu art. 82, dispõe que sobre a especialidade do foro militar “exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil”.

A nova Lei, como já adiantamos, trouxe mudanças, inflando a justiça castrense, devendo agora processar e julgar crimes praticados por militares, mesmo que tipificados fora do COM.

**Crimes militares em tempo de paz** – Art. 9º do CPM: Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I – os crimes de que trata êste 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 e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

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;

f) revogada. (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

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 aquêle fim, ou em obediência a determinação legal superior.

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri. (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

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

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

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

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

a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar; e (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

Percebam que o cerne da alteração é o artigo 9º da lei penal castrense, o qual sofreu alteração no seu inciso II, sendo acrescentados os parágrafos §§ 1º e 2º, este último contando com três incisos e alíneas.

**Militar em atividade, em serviço ou não** – Na definição da competência da Justiça Militar, considera-se o critério subjetivo do militar em atividade, em serviço ou não, aliado ao critério objetivo, do bem ou serviço militar juridicamente tutelado. É o que vem decidindo o STJ.

No cumprimento do mister que lhe foi atribuído pela Carta magna, o Decreto-Lei n. 1.001/1969 (Código Penal Militar) define o crime militar e, conseqüentemente, a competência da Justiça Militar. No seu art. 9º, diz o que é crime militar em tempo de paz. Observe-se que, a partir do inciso II, tem-se uma definição de crime militar que traz consigo um elemento subjetivo, qual seja a condição de militar.

Conforme se observa, o próprio Código Penal Militar traz um norte de quem é o “militar em situação de atividade”. Em interpretação autêntica, ele diz: “Art. 22. É considerada militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar.”

Frise-se que a norma penal militar possui regramento próprio, dispondo no art. 22 do CPM, que militar é qualquer pessoa incorporada. Conceito que não se coaduna com a exigência de o militar encontrar-se “em serviço” para fins de tipificação do crime militar.

Ademais, ressalte-se que na própria Lei n. 6.880/80, em seu art. 3º, verifica-se que ao equiparar os termos acima mencionados, “em serviço” e “em atividade”, a norma não teve o condão de afastar a condição de militar do agente que pratica o delito durante as férias, licença ou outro motivo de afastamento temporário de suas atividades habituais: “Art. 3º Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares. § 1º Os militares encontram-se em uma das seguintes situações: a) na ativa: (...) b) na inatividade: (...)”.

Uma vez que a expressão “na atividade” se contrapõe à “na inatividade”, reforça-se o que se vem tentando delinear nesta decisão. Assim, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, inclusive com dispositivos constitucionais, permite concluir no sentido de não haver confusão entre o “militar em atividade”, aquele incorporado às forças armadas, e o “militar em serviço”, aquele que se encontra no exercício de sua atividade militar em determinado momento específico.

Por outro lado, o termo “em serviço” está presente em alguns tipos penais militares. Nestas hipóteses sim é exigido que, no momento da conduta, o agente esteja no exercício efetivo de atividade militar. São exemplos tirados do Código Penal Militar o art. 202 (Embriaguez em serviço) e o art. 203 (Dormir em serviço).

Na jurisprudência do STF e do STJ, é possível encontrar precedentes que seguem o caminho proposto pela doutrina. Neles, percebe-se o reconhecimento do crime militar, mesmo diante de conduta praticada por militar que não está, no momento do delito, no exercício de funções castrenses, como folga ou licença. É possível dizer, portanto, que, nestes julgados, faz-se uma distinção entre a expressão “em atividade” (agente incorporado às forças armadas) e o termo “em serviço” (no exercício efetivo de atividade militar).

Seguindo rota diametralmente oposta, também é possível encontrar precedentes, tanto do STF quanto do Superior Tribunal de Justiça considerando a expressão “em situação de atividade” do art. 9º, II, “a”, do CPM, e o termo “em serviço” como sinônimos. Em outras palavras, exige-se, para a tipificação do crime militar e, portanto, da competência castrense, além da qualidade de militar da ativa, a prática da conduta durante o exercício efetivo do serviço militar.

Por fim, observa-se, ainda, o surgimento de uma terceira corrente jurisprudencial, aparentemente intermediária. Entre o reconhecimento do crime militar e, portanto, da competência da Justiça especializada pela simples presença de dois militares da ativa nos polos ativo e passivo do crime e a exigência de que os militares estejam em serviço, propõe-se a fixação da competência na Justiça castrense, desde que cumulado com o critério subjetivo – militares da ativa – a vulneração de bem jurídico caro ao serviço e ao meio militar.

Com efeito, parece correta a adoção do critério subjetivo, considerando militar em atividade todo aquele agente estatal incorporado às Forças Armadas, em serviço ou não, aliado ao critério objetivo, do bem ou serviço militar juridicamente tutelado.

De todo modo, vale o destaque de que, em muitos casos, o bem jurídico protegido pelo Código Penal Militar encontra igual guarida no Código Penal comum. Exemplo claro dessa situação é o art. 205 do CPM, que tipifica o delito de homicídio simples, tutelando, portanto, o direito à vida, também protegido pelo art. 121 do CP. Por isso, é importante ressaltar que a análise não pode se esgotar no bem jurídico tutelado pura e simplesmente. Deve-se necessariamente averiguar, na situação concreta, a existência ou não de vulnera-

ção, a partir da conduta, da regularidade das instituições militares, cujo pilar constitucional se baseia em dois princípios: hierarquia e disciplina.

Por essas considerações, entende-se que, nos termos do art. 9º do CPM, sempre que a conduta tiver potencial de vulnerar a regularidade das instituições militares, deve-se reconhecer a competência da Justiça especializada (PROCESSO: HC 550.998-MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 23/06/2020, DJe 26/06/2020).

**Crimes militares próprios e impróprios** – Antes, a redação do inciso II do artigo 9º mencionava que eram considerados crimes militares, em tempo de paz, os previstos no Código Penal Militar, embora também o fossem com igual definição na lei penal comum, quando praticados na forma das alíneas “a” e “e” do mencionado inciso. Agora, são considerados crimes militares, em tempo de paz, “os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados” na forma das alíneas referidas, as quais não foram objeto de modificação.

Inevitável, portanto, uma releitura dos conceitos de crimes militares próprio e impróprio. Vejamos.

Até a edição da Lei 13.491/17, o crime militar se dividia em próprio, quando definido apenas no Código Penal Militar, ou impróprio, se definido também no restante da legislação penal. O delito de deserção era próprio, pois previsto somente no CPM. Já o furto, impróprio, pois previsto no CPM e CP.

Atualmente, no entanto, a definição deve ser diversa, especialmente no que concerne ao crime militar impróprio.

Crime militar passa a ser o delito praticado por militar. Pode ser próprio, porque definido apenas no Código Penal Militar (como a deserção), ou impróprio, porque definido também no restante da legislação penal (como o furto) ou somente nela, legislação não militar (como a tortura, lavagem de capitais, organização criminosa etc.).

**Competência da Justiça Militar da União para crimes dolosos contra a vida** – A Lei nº. 13.491/2017 promoveu relevante alteração no art. 9º, § 2º, do Código Penal Militar, ao dispor que os delitos “dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União”. Esse dispositivo não abrange todo e qualquer delito contra a vida perpetrado por componentes das Forças Armadas, mas somente aqueles praticados no seguinte contexto: “I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; “II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou “III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal ...”. Interessante observar que a lei incide não apenas quando o militar estiver em situação de confronto, tão comum, ultimamente, nas comunidades cariocas, mas também em “operação de paz”. Apenas para exemplificar, ao tempo em que o Exército brasileiro, em missão de paz da ONU, atuava no Haiti (intervenção que se findou em outubro de 2017), um crime ali praticado seria da competência da Justiça Militar, ainda que a missão não tivesse nenhum caráter beligerante.

**Competência da Justiça Militar dos Estados para crimes dolosos contra a vida** – Alertamos, de plano, que estão abrangidos pela alteração levada pela lei em comento os crimes dolosos contra a vida cometidos por integrantes das Forças Armadas, assim considerados, na dicção do art. 142 da Constituição, os membros da Marinha, Exército e Aeronáutica.

Queremos dizer, com isso, que os crimes contra a vida de civil perpetrados por policiais militares estaduais, continuam sendo de competência da Justiça Comum, julgados pelo Júri Popular, nos termos do § 4º, do art. 125 da Carta, *in verbis*: “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 ...”. Insistimos: cometido um crime contra a vida por um miliciano estadual, competente para o julgamento será a Justiça Militar estadual, a menos que a vítima seja civil, quando, então, a competência será da justiça comum, por meio do Júri, na dicção da norma constitucional.

**Ratio legis** – O objetivo claro da alteração foi inspirado nas recentes intervenções das Forças Armadas nas comunidades do Rio de Janeiro e, segundo o Ministro da Defesa Raul Jungmann, em artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo, “o julgamento do militar pela Justiça comum ou pelo Júri tem o risco do desconhecimento das peculiaridades de suas atividades e atos no exercício da missão” (Medida corrige erro de origem, 28.10.2017, p. 2). A causar estranheza reside o fato de que, se em uma operação nos morros cariocas um membro das Forças Armadas cometer um homicídio ele será julgado pela Justiça Militar da União. Já se o mesmo delito for perpetrado por um policial militar, contra um civil, a competência será estadual, do Júri.

**Inconstitucionalidade?** – Conquanto se possa formular alguma crítica (como, v.g., afirmar-se não se tratar de função típica das Forças Armadas atuar no policiamento das comunidades cariocas), não vislumbramos nenhuma inconstitucionalidade na alteração em exame, destacando que a competência do Júri, para os crimes dolosos contra a vida, não se constitui em uma regra absoluta. Basta lembrar, a título de exemplo, que se um promotor de Justiça ou um juiz estadual cometem um crime de doloso contra a vida, serão julgados pelos respectivos Tribunais de Justiça, por conta do chamado foro por prerrogativa de função, em regra cuja constitucionalidade, pelo menos até agora, continua preservada. Mas não é só: o art. 124 da Constituição, ao dispor sobre a competência da Justiça Militar da União, afirma, com todas as letras, que a ela “compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”. Ora, a Lei nº. 13.491/2017, ao alterar o art. 9º, inc. II, do Código Penal Militar, ampliou o conceito de crime militar, para as hipóteses ali elencadas, atendendo, assim, a parte final do preceito constitucional que – insistimos – atribui à lei ordinária a definição dessa espécie de crime. De qualquer sorte, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou, perante o STF, com uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5.901 – relator o Ministro Gilmar Mendes), em face da lei em exame, sob o fundamento principal que “a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, reconhece a instituição do Júri como garantia fundamental, assegurando-lhe ‘a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida’ alínea ‘d’”. Tratando-se, portanto, de competência constitucionalmente estabelecida, apenas o próprio texto constitucional poderia excepcioná-la, na compreensão do autor, mas jamais uma norma infraconstitucional. A ação pende de julgamento perante a Corte Suprema do país.

**Outros crimes** – Não apenas os crimes dolosos contra a vida, praticados nas condições acima apontadas, passam a ser da competência da Justiça Militar. Com efeito, a nova redação do inc. II, do art. 9º, do Código Penal Militar estendeu tal competência para os crimes previstos no Código Penal e em legislação penal extravagante, quando praticados nas condições elencadas nas alíneas “a” *usque* “e”, do mencionado dispositivo (basicamen-



te os crimes praticados por militares quando em atividade). De sorte que, antes da alteração, eram considerados “crimes militares” apenas aqueles previstos no Código Penal Militar. Com a ampliação, por exemplo, um crime de “fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança” (previsto no Código Penal – art. 351), ou de abuso de autoridade (previsto em legislação extravagante – Lei n. 13.869/19), passam a ser de competência da Justiça Militar Estadual. Fácil identificar a evidente falta de estrutura da justiça castrense para receber tamanha quantidade de processos, impressão que já é sentida na Justiça Militar do Estado de São Paulo.

**Súmulas superadas** – A partir de tal conclusão, posicionamentos cristalizados em súmulas de tribunais superiores restarão superados. Assim, a Súmula 172 do Superior Tribunal de Justiça, do seguinte teor: “Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço”. Claro: se o inc. II, do art. 9º do Código Penal Militar, com sua nova redação, faz referência à legislação penal lato sensu, decerto que abrange o crime de abuso de autoridade, cuja competência para julgamento, nos termos do enunciado da súmula, não mais será da Justiça Comum, mas da Justiça Militar Estadual. Também a Súmula n. 75, ainda do Tribunal da Cidadania, que tem o seguinte enunciado: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o policial militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal”. Com a legislação novel, a competência passa para a Justiça Militar Estadual. O mesmo raciocínio vale para a Súmula n. 6, do STJ, in verbis: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura de Polícia Militar, salvo se autor e vítima forem Policiais Militares em situação de atividade”.

**Processos em curso** – Debate que certamente se estabelecerá consiste em averiguar a competência para as ações penais que se encontrem em andamento. É dizer: em curso um processo envolvendo um militar, iniciado antes da vigência da lei em exame, deve ele prosseguir perante o juiz de origem, da Justiça comum ou, ao revés, cumpre sua imediata remessa à Justiça castrense? Inclina-mo-nos neste último sentido. Não se ignora, é verdade, a regra que impõe a chamada *perpetuatio jurisdictionis*, pela qual a competência se firma, definitivamente, quando do registro ou distribuição da ação, não mais podendo ser modificada, segundo o art. 43 do Código de Processo Civil (com aplicação ao processo penal nos termos do art. 3º do CPP). Sucede que deste mesmo dispositivo consta uma ressalva, a admitir exceção do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, que ocorre quando as mudanças “alterarem a competência absoluta”. Ora, na hipótese vertente, a competência é absoluta, por se cuidar da matéria (*ratione materiae*), e, como tal, se enquadra na exceção prevista no art. 43 do CPC.

A propósito, quando o legislador pretendeu manter a competência inicial ele o declarou expressamente. É o que ocorreu com a Lei n. 9.099/1995, que criou os chamados Juizados Especiais Criminais, que, em seu art. 90, ressaltou com todas as letras que “as disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada”.

Ressalte-se, por derradeiro, que por se cuidar de incompetência absoluta, na qual prevalece o interesse público, dispensa-se, para seu reconhecimento, a provocação do interessado, como ensina José Frederico Marques, a se conferir: “Conclui-se, portanto, que a incompetência relativa deve ser arguida através de exceção, e não pode ser declarada de ofício; e que a incompetência absoluta pode ser aduzida em *petitio simplex*, em qualquer fase do processo, sendo que o juiz deve declará-la de ofício. [...] Claro que só o réu pode



argüir a incompetência relativa. Mas, a absoluta, qualquer das partes pode levantar” (*Manual de Direito Processo Civil*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 76).

Em suma, entendemos que, a partir da vigência da lei em comento, os processos em curso (em 1º ou 2º grau), devem ser remetidos à Justiça Militar (de 1º ou 2º grau), preservados, por óbvio, os atos decisórios e instrutórios praticados anteriormente, ao tempo em que a competência era da Justiça comum.

**Lei 9.099/95 e os crimes militares** – É sabido que o art. 90-A, da Lei n. 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, veda a aplicação de suas medidas despenalizadoras à Justiça Militar. No mesmo teor é o enunciado da Súmula n. 09, do Superior Tribunal Militar, a se conferir: “A Lei nº 9.099, de 26.09.95, que dispõe sobre os Juízos Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, **não se aplica à Justiça Militar da União**”. Trata-se de disposição que não escapou à crítica doutrinária, valendo lembrar a indagação de Denílson Feitosa, para quem “poderia a Lei nº 9.099/1995 tratar diferentemente o réu do processo penal militar relativamente ao réu do processo penal comum?” E completa: “do ponto de vista do princípio constitucional da igualdade, é necessário se determinar o elemento diferencial entre o réu do processo penal comum e o réu do processo penal militar que justifique o tratamento desigual entre eles.” (*Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. Niterói: Impetus, 2008, p. 246). Sucede que as peculiaridades da vida castrense, mencionadas acima, justificariam essa espécie de vedação, já tendo o Supremo Tribunal confirmado a inaplicabilidade dos benefícios da lei 9.099/95 aos militares, após a vigência da lei 8.939/99, que alterou a redação original da lei dos juizados (STF HC 80.173).

Partindo, assim, dessa premissa, confirmada pela mais alta Corte do país, no sentido da não aplicação dos favores legais da lei dos juizados aos crimes militares, formulamos a seguinte hipótese: suponha-se que um policial militar, em serviço, cometa um crime de abuso de autoridade, cuja competência era da Justiça comum, até antes da alteração em análise e que admitia a transação penal, por tratar-se de infração penal de menor potencial ofensivo, na dicção do art. 61 da Lei n. 9.099/95. Perpetrado o crime antes da entrada em vigor da Lei nº. 13.491, de 13 de outubro de 2017 (publicada no diário oficial em 16 de outubro), e com a conseqüente remessa dos autos à Justiça Militar, fará o agente jus ao benefício da transação penal? Nossa resposta é positiva. Ora, é conhecido o princípio constitucional, consubstanciado no art. 5º, inc. XL da Carta, pelo qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Ao se negar ao réu, em nosso exemplo, a possibilidade de transação penal, estar-se-ia admitindo que a lei mais gravosa (“*lex gravior*”), alcançasse fatos pretéritos. Estes, com efeito, merecem continuar sendo regidos pela anterior, mais benéfica ao agente (“*lex mitior*”). Nem se argumente que, por se cuidar de matéria processual e em face do contido no art. 2º, do Código de Processo Penal, sua aplicação é imediata, não havendo que se cogitar de retroação. É que, embora de cunho processual, a disposição possui também nítido caráter penal, posto que a transação penal, uma vez homologada, configura causa extintiva da punibilidade. Daí concluirmos que, remetidos os autos à Justiça Militar, mas tendo o delito sido perpetrado antes da entrada em vigor da Lei n. 13.491/2017, em nosso exemplo, deve ser proposta a transação penal ao agente, sem embargo da vedação contida no art. 90-A da lei dos juizados especiais. Tal raciocínio se estende às demais medidas despenalizadoras da Lei n. 9.099/95, a saber a possibilidade de conciliação e a suspensão condicional do processo, bem como à necessidade de representação para os crimes de lesões corporais leves e lesões corporais culposas.

## O acordo de não persecução penal no crime militar foi abordado nos comentários ao art. 28-A do CPP.

**Crime militar praticado por miliciano em unidade diversa da Federação** – Suponha-se que um policial militar, lotado no Estado de São Paulo, pratique um crime militar no Estado de Minas Gerais. Perante qual justiça militar deverá ser julgado: em São Paulo ou Minas Gerais? A resposta é dada pela **Súmula 78 do STJ**, de seguinte enunciado: “Compete à Justiça Militar processar e julgar policial de corporação estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra unidade federativa”. É dizer: a competência será da Justiça Militar do Estado de São Paulo.

### JURISPRUDÊNCIA

#### Competência da Justiça comum. Crime contra a vida. Militar fora de serviço

Ao definir o conflito de competência 170.201/PI, a Terceira Seção do STJ decidiu que se afasta a competência da Justiça Militar no crime cometido entre dois militares que não estavam no exercício efetivo da função. No caso, um soldado da Polícia Militar do Maranhão estava na cidade de Teresina, no Piauí, quando se envolveu em uma discussão de trânsito com um policial local. O entrevero resultou em disparos de arma de fogo efetuados pelo policial maranhense, que matou o outro indivíduo. O STJ concluiu que a discussão não teve nenhuma relação com a função de polícia militar de ambos os envolvidos, o que afasta a competência da Justiça Castrense e, conseqüentemente, atrai a da Justiça Comum do Piauí, onde ocorreu o crime. Segundo o Tribunal, “(...) não há possibilidade de firmar a prática de crime militar com base no art. 9º, III, d, do CPM, ou seja, mediante equiparação do réu (fora de serviço) a um civil, pois, ainda que a vítima, antes dos disparos, tenha dado voz de prisão ao réu, ela não foi requisitada para esse fim nem agiu em obediência à ordem de superior hierárquico, circunstância que rechaça a existência de crime militar nos termos do referido preceito normativo”. (STJ, CC 170.201-PI, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 11/3/2020).

#### Constitucionalidade da Justiça Militar

“A Lei nº 8.457/92, ao organizar a Justiça Militar da União criando os Conselhos de Justiça (art. 1º c/c art. 16) e confiando-lhes a missão de prestar jurisdição criminal, não viola a Constituição da República ou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), porquanto assegura a seus respectivos membros garantias funcionais idôneas à imparcialidade do ofício judicante, ainda que distintas daquelas atribuídas à magistratura civil” (STF – HC nº 115530-PR – Rel. Luiz Fux, Dje 14.08.2013).

#### Crimes cometidos por militares em serviço

“Não é competente a Justiça Militar para julgar crime de homicídio praticado por militar da ativa contra militar da ativa (ambos fuzileiros da Marinha do Brasil) quando ambos estão de folga”. STF, HC 110286, 1ª Turma, rel. min. Dias Toffoli, j. 14/02/2012.

“Não é competente a Justiça Militar para processar e julgar militar pratica crime de lesão corporal contra colega de farda em local não sujeito à Administração Militar por ocasião de uma confraternização natalina, sem qualquer vínculo com a administração militar e sem o intuito de contrapor-se a quaisquer de suas específicas finalidades”. STF, HC 120671, 1ª Turma, rel. min. Luiz Fux, j. 22/04/2014

“Militar contra vítima militar somente desafia a competência da Justiça Castrense nos casos em que houver vínculo direto com o desempenho da atividade militar”. STF - HC 125326, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 17/03/2015; STF. 1ª Turma. HC 135019/SP, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 20/09/2016.

“A jurisprudência desta Suprema Corte é firme na direção de que o cometimento de delito por agente militar contra vítima militar somente instaura a competência da Justiça Castrense nos casos em que houver vínculo direto com o desempenho da atividade militar”. STF, HC 201429 AgR, 1ª Turma, rel. min. Rosa Weber, j. 30/08/2021.

“Não é da competência da Justiça Militar o crime doloso contra a vida praticado por militar contra outro militar se o crime é cometido fora do exercício do serviço, sem farda, e com motivação completamente alheia à função”. STJ, CC 91267/SP, 3ª Seção, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 13/02/2008.

“Não compete à Justiça Militar o julgamento do crime de homicídio qualificado praticado por militar da ativa contra outro militar do corpo de bombeiros da ativa, ambos fora de suas funções, por motivo relacionado a vingança particular”. STJ, HC 163752/RJ, 5ª Turma, rel. min. Laurita Vaz, j. 09/08/2011.

“Não é competente a Justiça Militar para julgar briga entre militares (da ativa) decorrente de desavença condominial porque autor e vítima estavam fora de serviço no momento do fato, sendo irrelevante perquirir se o local onde ocorreram as agressões era destinado a habitação de militares federais porque não se tratava de dependência destina exclusivamente a atividade relativa a caserna”. STJ, CC 149487/RJ, 3ª Seção, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 08/02/2017

“Embora praticado o crime de violência doméstica por militar contra militar, ambos se encontravam dentro do domicílio e a relação estabelecida era de forma marital, fora do exercício das atribuições e sem dano dire-to às instituições militares, de modo que não se faz incidir a classificação de crime militar do art. 9º, II, a, do CPM”. STJ, AgRg no AREsp 1638983/SP, 6ª Turma, rel. min. Nefi Cordeiro, j. 30/06/2020.

#### ***IV - os processos da competência do tribunal especial (Constituição, art. 122, nº 17);***

**Tribunal especial** – Previa a Constituição de 1937, art. 122, inc. XVII, que para “os crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular serão submetidos a processo e julgamento perante Tribunal especial, na forma que a lei instituir”. Esse Tribunal especial, de triste memória, não mais subsiste. Com efeito, a Lei nº 14, de 17 de novembro de 1945, em seu art. 1º, dispôs que “fica extinto o Tribunal de Segurança Nacional”. Atualmente, os crimes contra a economia popular são de competência da justiça comum estadual. Nesse sentido a Súmula 498 do STF. Já no que se refere ao crime contra a segurança nacional, é sabido que, na vigência da Lei 7.170/83, todos os crimes nela previstos eram rotulados como políticos, de competência da Justiça Federal. O art. 109, IV, da CF/88, anuncia competir aos juízes federais processar e julgar os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral. O Supremo Tribunal Federal assim definiu crimes políticos: “são aqueles dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais e, por conseguinte, definidos na Lei de Segurança Nacional, presentes as disposições gerais estabelecidas nos artigos 1º e 2º do mesmo diploma legal”.

Com a entrada em vigor da Lei 14.197/21, revogando expressamente a Lei de Segurança Nacional, entendemos que não mais existe campo fértil para se cogitar de crimes políticos, mas crimes contra o Estado Democrático de Direito. Vicente Greco Filho (Manual de processo penal. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 145-146), por sinal, há tempos já lecionava nesse sentido:

“Não há definição legal dos crimes políticosna legislação brasileira. Aliás, a referência a esse tipo de crimes é inadequada e, quiçá, odiosa. Certamente não se aplica aos crimes comuns, ainda que com motivação política. E menos ainda aos chamados crimes políticos puros, que a tradição constitucional brasileira sempre repeliu. Nos termos do art. 5º, LII, da Constituição, não se concederá extradição por crime político ou de opinião. Ora, como punir alguém por fato dessa natureza? A expressão no texto constitucional foi, portanto, no mínimo, infeliz e esperase que não seja regulamentada.”

Não sem razão a CF/88, ao mesmo tempo em que tratou dos crimes políticos em apenas três passagens, no art. 5º, XLIV, manda criminalizar ação de grupos armados contra o Estado Democrático. Diferenciou, portanto, esse tipo de crime – contra o Estado

Democrático –, previsto no Título XII do CP, dos crimes políticos, antes previstos na Lei 7.170/83, hoje revogada pela Lei 14.197/21.

Partindo dessa premissa, pergunta-se: de quem é a competência para o processo e julgamento dos crimes previstos no Título XII da Parte Especial do CP? Depende.

Certamente é competência da Justiça Federal os crimes contra a soberania nacional (arts. 359-I a 359-K), crimes contra as instituições democráticas (arts. 359-L e 359-M), pois evidente o interesse da União (art. 109, IV, da CF/88). Já os crimes contra o funcionamento das instituições democráticas no processo eleitoral (arts. 359-N a 359-O), a competência nos parece ser da Justiça Eleitoral. Apenas no caso do crime do art. 359-N, quando atenta contra o exercício do mandato, será da Justiça comum, estadual ou federal, a depender do caso concreto. Impedir ou dificultar, com emprego de violência física, sexual ou psicológica, o exercício do mandato de um parlamentar ou chefe do executivo municipal ou estadual, a competência será da Justiça estadual. Se o crime visar prejudicar um Congressista ou presidente da República, será da Justiça Federal, pois patente o interesse da União (art. 109, IV, CF/88). O crime de sabotagem (art. 359-R), envolvendo estabelecimentos, instalações ou serviços destinados à defesa nacional, são de competência da Justiça Federal (art. 109, IV, da CF/88). O crime do art. 359-S, vetado pelo presidente da República, é mais um caso em que a competência, da Justiça comum, seria estadual ou federal a depender das circunstâncias do caso concreto, não sendo demais lembrar que o interesse da União não se presume, devendo sempre ser demonstrado.

### ***V - os processos por crimes de imprensa. Vide ADPF nº 130***

**Lei de Imprensa** – Por decisão do Supremo Tribunal Federal, que acolheu a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130-DF, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), a Lei nº 5.250/67, conhecida como *Lei de Imprensa*, foi considerada incompatível com a ordem constitucional em vigor, razão pela qual, extirpada do mundo jurídico, não mais se cogita de sua aplicação.

#### **JURISPRUDÊNCIA**

##### **Lei de Imprensa**

“Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescindível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País [...] Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967” (STF – ADPF nº 130-DF – Rel. Carlos Ayres Britto, j. 30.04.2009, DJe 06.11.2009).

***Parágrafo único. Aplicar-se-á, entretanto, este Código aos processos referidos nos nºs. IV e V, quando as leis especiais que os regulam não dispuserem de modo diverso.***

Como visto acima, ambos os dispositivos (incs. IV e V) estão revogados.

**Art. 2º** A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

**Tempus regit actum** – Este dispositivo contempla a regra segundo a qual norma processual possui *aplicação imediata*, de tal forma que os atos processuais devem ser exercidos na forma que a lei determinar ao tempo de sua prática. Pouco importa, assim, se o fato delituoso, objeto do processo-crime, tenha sido cometido anteriormente à entrada em vigor da lei processual. É dizer: qualquer que seja a data do crime, a lei processual a ser aplicada é a que vigora ao tempo da prática do ato processual. Nisto consiste o princípio do *tempus regit actum*.

**Norma processual posterior mais benéfica** – Pode ocorrer, contudo, que, por conta da nova ordem processual, a situação do agente experimente melhoria. Deve, então, a norma processual retroagir? A rigor deste dispositivo em exame, não. Mas algumas considerações devem ser formuladas. Assim, por exemplo, quando da edição da Lei nº 9.099/95, passou-se a exigir a prévia representação do ofendido para os crimes de lesões corporais leves e lesões corporais culposas (art. 88). Operou-se nítida vantagem ao autor, posto que, se era antes de ação penal pública incondicionada, passou o delito a ser processado por meio de ação penal pública condicionada à representação da vítima, com a chance de esta não manifestar sua vontade quanto ao processamento de seu ofensor. Nesse caso não houve maior dificuldade, pois a própria lei trouxe a solução, na medida em que, seu art. 91, concedeu o prazo de 30 dias para que a vítima ou seu representante legal ofertassem a respectiva representação, sob pena de decadência.

Há situações, porém, que ensejam maior atenção. Um exemplo que foi por nós exaustivamente esmiuçado, na análise dos arts. 607 e 608 do código, cuja consulta convidamos o leitor, se refere ao Protesto por Novo Júri. A extinção desse recurso, pela Lei nº 11.689/2008, é, sem dúvida, uma norma de caráter exclusivamente processual, que, *a priori*, ensejaria a aplicação do artigo em exame. Ocorre que a *novatio legis* extinguiu a possibilidade de um recurso até então existente, em clara ofensa ao princípio da ampla defesa. Indaga-se, então, para os crimes dolosos contra a vida cometidos antes da entrada em vigor da Lei nº 11.689/2008, mas julgados posteriormente, uma vez condenado o réu à pena igual ou superior a 20 anos, teria direito ao Protesto por Novo Júri? Entendemos que sim pois – insistimos – conquanto se trate de norma nitidamente processual, de alguma forma prejudicou o condenado, quando afastou a possibilidade de utilização desse recurso. Não foi, porém, o entendimento que vingou na jurisprudência dos Tribunais superiores.

O mesmo ocorreria se, por exemplo, uma lei nova, tratando de prazo para recurso (portanto de caráter obviamente processual), reduzisse esse prazo quando comparado à lei anterior. Assim, a lei anterior previa um prazo de 15 dias e a nova de 5 dias. No 6º dia recorre o interessado. Quer nos parecer que, nesse caso, deveria ser observado o prazo anterior, “pois manda a boa razão jurídica, que não tolera absurdos, que se contem por inteiro a partir da data em que o novo código entrou em execução”, na lição de Câmara Leal (ob. cit., p. 71).

**Normas mistas** – Mas, deve-se destacar, essa regra acima exposta se presta, apenas, às normas de caráter processual. Há leis, contudo, que tratam, a um só tempo, de direito material e adjetivo, isto é, trazem em seu bojo normas penais e processuais penais. São as chamadas *normas mistas*.

# LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984

## TÍTULO I DO OBJETO E DA APLICAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

**Art. 1º** A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

**Introdução** – Os comentários ao artigo inaugural da LEP nos obrigam a lembrar que a pena, no Brasil, é polifuncional, isto é, tem tríplice finalidade: **retributiva**, **preventiva** (geral e especial) e **reeducativa**. Explica Flávio Monteiro de Barros (Direito Penal – Parte Geral, Ed. Saraiva, p. 435):

- a) a prevenção geral (visa a sociedade) atua antes mesmo da prática de qualquer infração penal, pois a simples cominação da pena conscientiza a coletividade do valor que o direito atribui ao bem jurídico tutelado.
- b) a prevenção especial e o caráter retributivo atuam durante a imposição e execução da pena.
- c) finalmente, o caráter reeducativo atua somente na fase de execução. Nesse momento, o escopo é não apenas efetivar as disposições da sentença (concretizar a punição e prevenção), mas, sobretudo, a ressocialização do condenado, isto é, reeducá-lo para que, no futuro, possa reingressar ao convívio social.

O art. 6º da Resolução 113 do CNJ, em cumprimento ao artigo 1º da Lei nº 7.210/84, determina: “o juízo da execução deverá, dentre as ações voltadas à integração social do condenado e do internado, e para que tenham acesso aos serviços sociais disponíveis, diligenciar para que sejam expedidos seus documentos pessoais, dentre os quais o CPF, que pode ser expedido de ofício, com base no artigo 11, V, da Instrução Normativa RFB nº 864, de 25 de julho de 2008”.

A LEP também será aplicada (no que couber) às hipóteses de sentença absolutória imprópria (execução das medidas de segurança). Não se aplica, porém, nos casos de medidas socioeducativas (resposta estatal aos atos infracionais), regradas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA e Lei 12.594/12).

<b>Penas (LEP)</b>	<b>Medida de segurança (LEP)</b>	<b>Medida socioeducativa (ECA e Lei 12.594/12)</b>
Em abstrato: prevenção geral (positiva e negativa)	Essencialmente preventiva.	Responsabilização do adolescente.
Em concreto: Prevenção especial + retribuição	Não se nega, porém, seu caráter penoso, em especial na de natureza detentiva	Integração social do adolescente + garantia de seus direitos individuais e sociais
Em execução: Concretização dos objetivos da sentença + ressocialização	Doença curável: objetiva a cura; Doença incurável: deixá-lo apto a conviver em sociedade	Desaprovação da conduta social.
Pressupõe fato típico, ilícito, praticado por agente culpável	Pressupõe fato típico, ilícito, praticado por agente não imputável, porém perigoso (periculosidade)	Pressupõe fato típico, ilícito praticado por adolescente (jamais criança) em conflito com a Lei.

## PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA EXECUÇÃO PENAL:

- a) **Legalidade** – Na exposição de motivos da LEP, o item 19 esclarece que “o princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal.” Em vários dispositivos da LEP a legalidade é anunciada. O art. 3º, por exemplo: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.
- b) **Igualdade** – “Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política” (art. 3º, parágrafo único, LEP). Assegura que na execução da pena não serão concedidas restrições ou privilégios de modo indiscriminado, por origem social, política, de raça, cor, sexo etc.
- c) **Individualização da pena** – A Constituição Federal, no art. 5º, XLVIII, aduz que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.” Somado a isso, “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal” (art. 5º da LEP). Em síntese, a pena será individualizada conforme a personalidade e antecedentes do agente, bem como o tipo de delito por ele praticado (item 26 da Exposição de Motivos da LEP). A individualização é sustentada, ainda, pelo programa progressivo de cumprimento da pena, que prevê descontos no tempo de pena baseados no comportamento, na participação em atividades laborais e educativas, etc.



- d) **Princípio da jurisdicionalidade** – A criação de um juízo especializado no cumprimento de pena e a inclusão de novos atores, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, na relação executiva tiveram como objetivo suprir o “hiato de legalidade” em que se encontrava a execução da pena antes da LEP (Exposição de Motivos, item 89). O processo de execução será conduzido por um juiz de direito, como estabelecido no art. 2º: “A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal”. A natureza jurisdicional da execução se extrai, ainda, da simples leitura do art. 194: “O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução”.

**ATENÇÃO** – A lei reserva à autoridade administrativa a decisão sobre pontos secundários da execução da pena, tais como: horário de sol, cela do preso, alimentação etc. Mesmo nesses casos, resguarda-se sempre o acesso do prejudicado ao judiciário.

- e) **Outros dispositivos constitucionais relevantes na aplicação da LEP, relacionados com a humanidade da pena: artigo 1º, inciso III – dignidade da pessoa humana; artigo 5º, incisos “XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (princípio da intranscendência da pena); “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”; “XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”; “XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”; “L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.**

**ATENÇÃO** – O Supremo Tribunal Federal decidiu que é lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da CF, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. O (des)respeito aos princípios que regem a execução penal é tema recorrente nos Superiores Tribunais. Ganhou especial destaque recente decisão do STF (ADPF 347) onde os ministros entenderam ter configurado o chamado “estado de coisas inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro. Denominado pela Corte Constitucional da Colômbia, o “estado de coisas inconstitucional” ocorre quando presente violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades.



**Contagem em dobro da pena nos presídios em situação degradante** - Com base em determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Reynaldo Soares da Fonseca concedeu habeas corpus para que seja contado em dobro todo o período em que um homem esteve preso no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Complexo Penitenciário de Bangu, localizado na Zona Oeste do Rio de Janeiro.

A unidade prisional foi objeto de diversas inspeções realizadas pela CIDH, a partir de denúncia feita pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro sobre a situação degradante e desumana em que os presos se achavam. Essas inspeções culminaram na edição da Resolução CIDH de 22 de novembro de 2018, que proibiu o ingresso de novos presos na unidade e determinou o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido no local – salvo para os casos de crimes contra a vida ou a integridade física e de crimes sexuais.

O relator lembrou que, a partir do Decreto 4.463/2002, o Brasil reconheceu a competência da CIDH em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), aprovada em 1969. Segundo o magistrado, a sentença emitida pela CIDH tem eficácia vinculante para as partes processuais, não havendo meios de revisá-la. “A sentença da CIDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença”, declarou.

Reynaldo Soares da Fonseca ponderou que, ao aplicar a resolução apenas a partir da notificação oficial feita ao Brasil, as instâncias anteriores deixaram de cumpri-la, pois as más condições do presídio, que motivaram a determinação da CIDH, já existiam antes de sua publicação.

“Não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação, e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado”, comentou o ministro.

Destacou o ministro, ainda, que, por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, é permitido ao Estado-parte ampliar a proteção conferida por elas. Assim – concluiu –, as sentenças da CIDH devem ser interpretadas da maneira mais favorável possível para quem teve seus direitos violados.

Além disso, o relator ressaltou que as autoridades locais devem observar os efeitos das disposições da sentença internacional e adequar sua estrutura interna “para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos”. Para Reynaldo Soares da Fonseca, “os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais”.

Considerando que a melhor interpretação a ser dada à resolução é pela sua aplicação a todo o tempo de pena cumprido na unidade, o ministro mandou que seja contado em dobro o período de 9 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019, como requerido pela defesa no recurso em habeas corpus.

**ATENÇÃO** - Deve ser alertado, porém, que a decisão em comento não cuida de um entendimento do STJ, mas decisão da Tribunal com base em determina-

ção da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), envolvendo o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Complexo Penitenciário de Bangu, localizado na Zona Oeste do Rio de Janeiro.

Como explicado acima, a unidade prisional foi objeto de diversas inspeções realizadas pela CIDH. Essas inspeções culminaram na edição da Resolução CIDH de 22 de novembro de 2018, que proibiu o ingresso de novos presos na unidade e determinou o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido no local – salvo para os casos de crimes contra a vida ou a integridade física e de crimes sexuais. Instalou-se a divergência em relação ao período da pena que deveria ser considerada cumprida em dobro. O STJ ordenou a aplicação a todo o tempo de pena cumprido na unidade.

Não custa lembrar que na ADPF 347 foi requerido ao STF, dentre outras providências, o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprida em presídios nacionais quando detectado cenário degradante e desumano, tendo a Corte negado o pedido.

**Abuso de autoridade** - pune-se no art. 9º, *caput*, da Lei 13.869/19, *decretar* medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais. O núcleo *decretar* certamente vai despertar divergência. Já conseguimos antever corrente defendendo que alcançará somente ato do juiz. Ousamos, desde logo, discordar. Para nós, o verbo nuclear tem o sentido de determinar, decidir, ordenar, não se restringindo à autoridade judiciária. Quisesse o legislador restringir, teria feito o que fez no parágrafo único, expressamente dirigido aos membros do Poder Judiciário. *Medidas de privação de liberdade*, por sua vez, são todas aquelas, penais e extrapenais, que imponham qualquer limitação ao direito de liberdade das pessoas, que só podem ser levadas a efeito nas hipóteses legais.

## JURISPRUDÊNCIA

### Obras emergenciais em presídios: reserva do possível e separação de poderes - 1

É lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da CF, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes (STF – RE n. 592581-RS, Rel. Ricardo Lewandowski, j. 13.8.2015).

### Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental.

O Plenário concluiu o julgamento de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que discutida a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro. Nessa mesma ação também se debate a adoção de providências estruturais com objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal. No caso, alegava-se estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, “estado de coisas inconstitucional”, diante da seguinte situação: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades. O Plenário anotou que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas

cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o Funpen, teriam sido transgredidas. Em relação ao Funpen, os recursos estariam sendo contingenciados pela União, o que impediria a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuiria para o agravamento do quadro. Destacou que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria além das respectivas situações subjetivas e produziria mais violência contra a própria sociedade. Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves. Consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. Registrou que a responsabilidade por essa situação não poderia ser atribuída a um único e exclusivo poder, mas aos três — Legislativo, Executivo e Judiciário —, e não só os da União, como também os dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Ponderou que haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Além disso, faltaria coordenação institucional. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representaria falha estrutural a gerar tanto a ofensa reiterada dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. O Poder Judiciário também seria responsável, já que aproximadamente 41% dos presos estariam sob custódia provisória e pesquisas demonstrariam que, quando julgados, a maioria alcançaria a absolvição ou a condenação a penas alternativas. Ademais, a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado evidenciaria a inadequada assistência judiciária. A violação de direitos fundamentais alcançaria a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial e justificaria a atuação mais assertiva do STF. Assim, caberia à Corte o papel de retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. A intervenção judicial seria reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas. Todavia, não se autorizaria o STF a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deveria superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deveria agir em diálogo com os outros poderes e com a sociedade. Não lhe incumbiria, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros poderes, deveria coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trataria de substituição aos demais poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias para se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas. (STF – ADPF 347 nºMC-DF, Rel. Marco Aurélio, 9.9.2015).

#### “Habeas corpus” e direito de detento a visitas

Não se presta o remédio constitucional do habeas corpus à discussão acerca do direito de visitas íntimas do apenado, pois, neste caso, o que se procura proteger é o direito à intimidade da pessoa humana, sua integridade física e moral, e não seu direito de ir e vir (locomoção). (STJ, Quinta Turma, AgRg no HC 425.115/RN, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, julgado em 15/03/2018)

**Art. 2º** A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

**Parágrafo único.** Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito a jurisdição ordinária.

**Jurisdição** – Todo condenado ficará sujeito à jurisdição comum, isto é, jurisdição ordinária (federal ou estadual).

**ATENÇÃO** – Compete ao Juízo das Execuções penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual (STJ – súmula 192), e, no mesmo espírito, ao juiz federal da execução criminal compete a execução da pena dos condenados que estiverem cumprindo pena em presídios federais, mesmo que condenados pela Justiça Estadual, Militar ou Eleitoral (art. 4º, parágrafo 1º e art. 6º da Lei 11.671/08).

A edição da LEP representou, em 1984, “um dos marcos iniciais do Estado Democrático de Direito” (Luiz Guilherme Mendes de Paiva, “Diagnostico da Política Criminal Brasileira (1984-2009), FGV Direito SP, 2016, p. 86) ao reconhecer a pessoa presa como sujeito de direitos; priorizar o caráter educativo e reabilitador do cumprimento da pena; criar órgãos administrativos especializados e assegurar o controle jurisdicional de legalidade sobre a pena.

O presente dispositivo anuncia o princípio da legalidade na execução penal: a execução das sanções penais “não pode ficar submetida ao poder de arbítrio do diretor, dos funcionários e dos carcereiros das instituições penitenciárias, como se a intervenção do juiz, do Ministério Público e de outros órgãos fosse algo de alheio aos costumes e aos hábitos do estabelecimento” (René Ariel Dotti, “Problemas atuais da execução penal”. RT 563/286).

A Lei 7.210/84, por ser especial, atua como norma primária, ficando a aplicação das regras do CPP na dependência de lacuna na Lei de Execução Penal.

**Preso provisório** - Por força do art. 2º, parágrafo único, a LEP aplica-se também ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária (impedindo, assim, tratamento discriminatório de presos ou internados submetidos a jurisdições diversas).

Os presos que estiverem recolhidos em estabelecimento penal militar, devido à omissão da Lei castrense, também serão submetidos aos preceitos desta Lei. Nesse sentido: STF, HC 104174 / RJ – RIO DE JANEIRO, julgado em 29/03/2011 e STJ, HC 215.765-RS, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 8/11/2011.

Logo, sabendo que estão assegurados aos presos cautelares (prisão temporária e preventiva, abrangendo, por óbvio, os condenados provisórios) os mesmos direitos dos condenados definitivos (no que couber), conclui-se ser possível execução penal provisória (ou melhor, antecipação de benefícios de execução penal) na hipótese de condenado em 1º grau, **preso**, aguardando julgamento do seu recurso. Nesse sentido, temos não apenas as Súmulas 716 e 717, ambas do STF, mas, em especial, a Resolução 113 do CNJ, que disciplina o procedimento.

Explica Renato Marcão:

“A execução provisória [antecipação de benefícios] pressupõe, nesses termos, o encarceramento cautelar decorrente da prisão preventiva e a existência de sentença penal condenatória, sem trânsito em julgado definitivo. Assim, não havendo recurso do Ministério Público, do assistente de acusação ou do querelante, restando

somente o da defesa, a execução pode ser iniciada em caráter provisório” (Curso de Execução Penal, Ed. Saraiva, p. 37).

**Execução provisória da pena após julgamento em 2º. Grau** - Percebam que a hipótese acima trabalha com o condenado em 1º. grau que se encontra preso. E no caso do réu condenado em 2º grau, mas que aguarda **solto** o julgamento de recursos constitucionais (especial e extraordinário)? A possibilidade de execução da pena após a decisão do recurso em segunda instância foi inicialmente estabelecida pelo STF no julgamento do habeas corpus 126.292, em 17 de fevereiro de 2016. À época, o tribunal modificou orientação firmada em 2009, quando, ao julgar o habeas corpus 84.078, havia considerado impossível que se executasse a pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e estabeleceu a possibilidade de encarceramento apenas se verificada a necessidade de que isso ocorresse por meio de cautelar (prisão preventiva).

A decisão proferida em 2016 provocou muita controvérsia e suscitou debates a respeito da constitucionalidade da execução da pena antes de percorrida toda a cadeia recursal. O argumento central dos que advogam a tese de que a pena não pode ser executada até que a sentença condenatória se torne definitiva se baseia no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tamanha foi a celeuma que, no mesmo ano, foram ajuizadas duas ações declaratórias de constitucionalidade (43 e 44), nas quais se pretendia a declaração de plena vigência e compatibilidade constitucional do art. 283 do CPP, que dispõe: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Pretendia-se, com isso, evitar os efeitos da decisão tomada no habeas corpus já citado, ou seja, que a prisão se tornasse possível após o julgamento de recursos em segunda instância.

À época, o pleno do STF indeferiu medida cautelar para que fossem suspensas execuções antecipadas em curso e para que fossem impedidas novas execuções enquanto não julgado o mérito das ações constitucionais. Considerou-se, basicamente, que a presunção de inocência tem sentido dinâmico, modificando-se conforme se avança a marcha processual. Dessa forma, se no início do processo a presunção pende efetivamente para a inocência, uma vez proferido julgamento em recurso de segunda instância essa presunção passa a ser de não culpa, pois, nessa altura, encerrou-se a análise de questões fáticas e probatórias. Portanto, uma vez que o tribunal (TJ/TRF) tenha considerado bem provados o fato e suas circunstâncias, os recursos constitucionais não abordarão esses aspectos, pois estarão adstritos aos limites que lhe são impostos constitucional e legalmente. O acórdão foi publicado nos seguintes termos:

“1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a

propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida”.

Em abril de 2018, nova ação declaratória de constitucionalidade (54) foi ajuizada com o mesmo propósito das anteriores. Em dezembro do mesmo ano, o ministro Marco Aurélio (relator) chegou a deferir liminar para suspender as execuções penais em curso, mas a decisão foi imediatamente suspensa pelo presidente da Corte.

Quando do julgamento do mérito das três ações, o tribunal, contrariando a tendência que se desenhava desde 2016, decidiu que a pena só pode ser executada após esgotados todos os recursos, marco do trânsito em julgado.

Na qualidade de relator de todas as ações, o ministro Marco Aurélio foi o primeiro a votar para julgar procedentes os pedidos e, conseqüentemente, declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, com a conseqüente proibição de que penas sejam executadas antes do julgamento dos recursos (trânsito em julgado da sentença condenatória). De acordo com o ministro, o art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, é claro e não deixa margem para dúvidas a respeito da necessidade da condenação definitiva.

Abrindo a divergência, o ministro Alexandre de Moraes votou pela possibilidade de que a pena seja executada após o julgamento dos recursos em segunda instância. O argumento é basicamente o mesmo que fundamentou o indeferimento da cautelar em 2016: observado o devido processo legal, a decisão condenatória em segunda instância afasta o princípio da presunção de inocência e abre o caminho para a execução da pena. Para o ministro Alexandre, é necessário dar efetividade às decisões das instâncias ordinárias, competentes para o exame dos fatos e das provas, decisões estas que, em caso de ilegalidade ou inconstitucionalidade, podem ser atacadas por meio de habeas corpus ou medida cautelar para que se aguarde o pronunciamento dos tribunais superiores em recursos de índole extraordinária.

Na mesma linha seguiu o ministro Edson Fachin, para quem a execução antecipada da pena é legítima a não ser que se confira efeito suspensivo ao recurso cabível contra

a decisão de segunda instância. É inviável, no seu entendimento, impor que se aguarde a prisão até que “o último recurso da última corte constitucional tenha sido examinado”.

Também alinhado a decisões anteriores, o ministro Luís Roberto Barroso acompanhou a divergência e ressaltou que o requisito para a imposição de prisão não é o trânsito em julgado, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial. Não se confunde, portanto, o inciso LVII do art. 5º, segundo o qual não é possível considerar alguém culpado até o trânsito em julgado, com o inciso LXI, que trata da garantia de que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente. Condicionar a execução da pena ao trânsito em julgado serve apenas para incentivar a interposição de recursos protelatórios e contribui para a promoção da impunidade.

A ministra Rosa Weber, por sua vez, votou pela procedência das ações e, portanto, pela proibição da execução penal prévia ao trânsito em julgado. Após destacar que, até este momento, aderiu às decisões anteriormente proferidas pelo tribunal em respeito ao princípio da colegialidade, afirmou que o julgamento de mérito das ações constitucionais é o momento adequado para fazer valer sua interpretação de que a Constituição Federal garante a presunção de inocência até que a sentença condenatória tome caráter definitivo. A ministra ressaltou como um ponto capital, no seu entender, a diferença entre a prisão de natureza cautelar e a prisão com propósito punitivo, que só pode ser imposta quando formada definitivamente a culpa; qualquer prisão antes disso só pode ser decretada se presentes as circunstâncias características da cautelar.

O ministro Luiz Fux manteve sua orientação e divergiu do relator. Enxerga como viável a execução antecipada da pena. Mencionou diversos exemplos de graves crimes cujos autores estariam soltos se se exigisse o trânsito em julgado, não parecendo razoável impor limitação tão severa à imposição da consequência penal. A presunção de inocência não tem relação com a possibilidade de execução da pena após o pronunciamento de segunda instância, mas decorre do fato de que outrora cabia ao réu provar sua inocência, o que atualmente não ocorre, tendo em vista que o ônus recai na acusação. Isto quer dizer que até o trânsito em julgado o réu tem a possibilidade de contestar a acusação. Mas trata-se de uma presunção que admite prova em contrário, e à medida em que o processo tramita ocorre uma mitigação da mesma presunção. Esgotadas as instâncias ordinárias, há declaração de que o réu é culpado e sua prisão é necessária, seguindo-se, com isso, outras regras que relativizam a necessidade do trânsito em julgado, como a Lei Complementar 135/10 (“Lei da Ficha Limpa”). Concluiu destacando que a modificação da jurisprudência do tribunal é injustificável e prejudicial à segurança jurídica.

Votando em seguida, o ministro Ricardo Lewandowski manteve o tom de suas decisões anteriores sobre o tema, ou seja, considerou inconstitucional a execução antecipada da pena. Para o ministro, hão de ser consideradas as circunstâncias do sistema judiciário brasileiro, extremamente congestionado e disfuncional, com metas de produtividade cada vez mais severas, em que a possibilidade de erros na primeira e na segunda instâncias se multiplica. Nestas circunstâncias, a presunção de inocência como óbice à execução antecipada da pena serve como garantia de que inocentes não sejam submetidos a penas ilegítimas. Ainda segundo o ministro, a execução antecipada é um retrocesso que contraria frontalmente a vontade do legislador constituinte originário no sentido de que não é possível restringir a liberdade pela aplicação da pena antes da formação cabal da culpa.

A ministra Cármen Lúcia manteve seu convencimento já exposto nos julgamentos anteriores. Segundo a ministra, a disposição constitucional de que ninguém pode ser con-



siderado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória deve ser lida em conjunto com outros dispositivos, como o inciso LXI do art. 5º, segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Isto revela que pode haver prisão independentemente do trânsito em julgado, bastando a obediência ao devido processo legal, que se cumpre com o esgotamento da matéria de fato nas instâncias ordinárias. Exigir o trânsito em julgado para a execução da pena desvirtua a ordem processual na medida em que confere a recursos de índole extraordinária um efeito suspensivo que não lhes é característico, embora seja possível, excepcionalmente, quando presente alguma justificativa, o que, aliás, afasta alegações de que direitos fundamentais seriam necessariamente ofendidos com a execução antecipada. A ministra fez, ainda, referência à necessidade de segurança jurídica e de efetividade do Direito Penal, que, no caso, se afirmam pela certeza da aplicação da pena e pela imposição de limites para que alguns indivíduos não se valham do intrincado e sofisticado sistema recursal para adiar indefinidamente as consequências de seus atos criminosos.

O ministro Gilmar Mendes modificou sua orientação – como, aliás, já vinha sinalizando – para considerar inconstitucional a execução antecipada da pena. O ministro iniciou sua explanação elencando situações em que o tribunal modificou sua própria orientação a respeito de questões de fundamental importância, bem como mencionou situações não menos relevantes em que o tribunal foi obrigado a decidir sobre a recepção de normas anteriores à atual ordem constitucional. O ministro seguiu seu voto afirmando que desde os primeiros debates sobre a matéria demonstrou sua inquietação a respeito da determinação automática de execuções penais após o julgamento em segunda instância, sem a devida individualização frente aos casos concretos. Na sua aceção, mudanças nos contextos normativo e fático subjacentes ao debate fizeram com que sua posição evoluísse diante da necessidade de proteção real do princípio da presunção de inocência. O que o tribunal admitiu nos julgamentos anteriores foi a possibilidade de que a pena fosse executada após a decisão de segunda instância, mas não a obrigatoriedade de que isso fosse feito. A imposição indiscriminada da execução antecipada e a decretação de prisões preventivas que, na sua visão, assumiam caráter permanente e eram decretadas sem fundamentação concreta fizeram com que se enfraquecesse sua esperança de que os tribunais de segunda instância seriam capazes de evitar abusos. Considerou, portanto, impossível a execução da pena até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O ministro Celso de Mello também votou pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena. Iniciou afirmando que não se há de confundir o princípio da presunção de inocência com óbice às atividades investigativas e jurisdicionais contra a prática de crimes. O princípio revela uma garantia de todos os cidadãos contra a arbitrariedade e não impõe nenhuma barreira à punição decorrente do devido processo legal. Após ressaltar os efeitos nefastos da dominação da atividade política pelos atos de corrupção amplamente divulgados nos últimos anos, destacou que todos os ministros da corte, independentemente de sua orientação a respeito da necessidade do trânsito em julgado, são comprometidos com a repressão da prática da corrupção governamental e com a efetividade da justiça penal. A respeito especificamente do mérito das ações, o ministro assentou que o princípio da presunção de inocência impede que o poder público trate o réu como culpado até que a decisão condenatória se torne definitiva, e certamente a execução da pena tem como pressuposto a formação da culpa. Apontou ainda que não é possível relacionar a execução antecipada da pena a uma forma de evitar a impunidade em virtude da interposição de recursos de natureza extraordinária, destacando que restringir o trâmite desses recursos