

Cícero Robson Coimbra Neves

Rede de Ensino LFG

coimbra@lfg.com.br

Anhanguera Educacional S.A.

Correspondência/Contato
Alameda Maria Tereza, 2000
Valinhos, São Paulo
CEP 13.278-181
rc.ipade@unianhanguera.edu.br

Coordenação
Instituto de Pesquisas Aplicadas e
Desenvolvimento Educacional - IPADE

Artigo Original
Recebido em: 1/12/2009
Avaliado em: 22/2/2010

Publicação: 31 de março de 2010

QUESITAÇÃO NO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI E SEUS REFLEXOS PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

RESUMO

Apresenta-se um estudo acerca da influência do novo procedimento de julgamento dos crimes dolosos contra a vida, e conexos, pelo Tribunal do Júri, em especial no que concerne à nova forma de quesitação submetida ao Conselho de Sentença. Como sói acontecer, o Poder Legislativo, ao editar a Lei n. 11.689/08, preocupou-se apenas com o Processo Penal, sem representar as consequências das alterações para os demais ramos do Direito. Analisando a nova forma de quesitação por ocasião da votação nos crimes processados pelo Tribunal do Júri, com a nova redação expressa do art. 483 do CPP, verifica-se que, em face de uma sentença absolutória, não será possível conhecer os fundamentos da decisão, implicando em uma grande dificuldade de o jurisdicionado, se militar do Estado demitido pelo fato motivador do processo-crime, por exemplo, pleitear sua reintegração à Instituição, nos termos do art. 138, § 3º, da Constituição do Estado de São Paulo. Diante dessa situação, tomando-se por metodologia a análise legal e doutrinária a conduzir o raciocínio indutivo, tentar-se-á demonstrar que a autonomia das esferas de responsabilização permitirá à Administração Pública Militar avaliar livremente a prova dos autos, decidindo, motivadamente pela reintegração ou não do demitido.

Palavras-Chave: Tribunal do Júri; absolvição; reflexo na via administrativa; autonomia das esferas de responsabilização.

ABSTRACT

It presents a study about the influence of the new procedure for trial of crimes against life, and related the grand jury, particularly regarding the new form of inquiry submitted to the Council of Sentence. As usually happens, the Legislative Branch, to edit the Law 11.689/08, was concerned only with the criminal procedure, without incurring the consequences of changes to other areas of law. Analyzing the new form of inquiry during the vote in the crimes prosecuted by the grand jury, with the new wording expresses the art. 483 of the CPP, it appears that in the face of an acquittal, it is not possible to know the reasons for the decision, resulting in a great difficulty in the courts, the state's military dismissed by motivating factor in criminal proceedings, for example, plead his reinstatement to the institution in accordance with art. 138, § 3 of the Constitution of the State of São Paulo. Given this situation, using as a methodology of legal analysis and doctrine to conduct inductive reasoning, an attempt will demonstrate that the autonomy of spheres of responsibility will allow the Military Administration free to assess the evidence before the Court, deciding, motivated by the fired reintegrate or not.

Keywords: Court; acquittal; reflection in the administrative process; autonomy of spheres of responsibility.

1. INTRODUÇÃO

O processo penal comum brasileiro, como sabido, vem passando por uma reforma estrutural intensa, buscando-se, segundo alguns autores, uma verdadeira mudança sistêmica em que se abandona um Código de Processo Penal com viés inquisitório, ao menos em sua essência, para uma visão realmente adstrita ao sistema acusatório.

Em verdade, essa nova visão processual se intensificou com o advento da Constituição Federal de 1988, que encampou vários princípios garantísticos ao processo penal, marcado, até então, por uma visão da década de 40, que alijava muitas garantias do acusado. O “giro” imposto pela nova ordem constitucional, levou, como não poderia ser de outra forma, à necessidade de a doutrina e a jurisprudência inaugurarem uma nova forma de pensar o direito penal adjetivo, sob o rótulo de um novo processo penal constitucional, muitas vezes passando ao largo da estrita previsão legal.

Agora, numa nova e nobre tentativa, busca-se diminuir – se possível, eliminar – o descompasso entre a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, colocando-se em marcha uma espécie de reforma que, embora tenha o raciocínio focado numa mudança geral, sob uma mesma idéia do sistema acusatório, foi e está sendo executada de maneira desmembrada em alguns projetos de lei que, aos poucos, vingaram, alterando-se o Código de Processo Penal naquilo que se apelidou de “reforma fatiada” do processo penal. Como exemplos dessas mudanças, tomem-se as Leis n. 11.690, de 9 de junho de 2008, que alterou a compreensão das provas no processo penal, e n. 11.689, da mesma data, que interessa ao tema em foco.

A Lei n. 11.689/08 alterou quase que integralmente o procedimento das ações penais submetidas ao julgamento do Tribunal do Júri, sendo interessante abordar, mais amiúde, a nova forma de formulação dos quesitos, avaliando seu reflexo na esfera disciplinar militar.

Não se pode deixar de consignar, nesta oportunidade, a decepção com o frequente esquecimento do legislador em relação ao processo penal militar, posto que as alterações impulsionadas no processo penal comum passam sempre ao largo do processo penal castrense, aumentando, ainda mais, o abismo existente entre os dois direitos adjetivos, o que merece censura. Claro que no caso em estudo, a influência é reflexa, porquanto não existe, por ora, julgamento a cargo do júri popular nas Justiças Militares, mas, nitidamente, o legislador ordinário ao alterar o procedimento do Tribunal do Júri não pensou em seus reflexos para os militares, potencializados com a edição da Lei n. 9.299/96 e com a alteração do §4º do art. 125 da Constituição Federal, que transferiu a

competência de julgamento dos crimes militares dolosos contra a vida de civil para o Tribunal do Júri.

Dessa forma, as linhas que se seguirão pretendem abordar a reforma processual que atingiu o procedimento do Tribunal do Júri, em especial a forma de quesitação com consequente decisão absolutória, avaliando seu impacto na esfera disciplinar.

Para tanto, será necessário iniciar por uma parte introdutória, estabelecendo a premissa de independência das esferas, com suas exceções, para só então abordar a nova concepção procedimental, esperando que o raciocínio a ser desenvolvido fomente a discussão sobre o assunto.

2. INEPENDÊNCIA DAS ESFERAS DE DIREITO

Inicialmente, deve-se entender que a questão exige uma compreensão detida do sistema constitucional, especificamente no que concerne à tripartição do poder ou, como preferem alguns, tripartição de funções, vez que o poder é uno e indivisível.

Nesse sentido, dispõe o art. 2º da Lei Maior que são “Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Com correlata disposição nas Constituições Estaduais, a exemplo do art. 5º da Constituição do Estado de São Paulo, a tripartição do poder se afigura como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, imutável porquanto se constitui em cláusula pétreia, nos termos do art. 60, § 4º, inciso III, da “Lei Maior”. Tal rigidez é presumível também para as Unidades Federativas à luz do ordenamento jurídico vigente, vez que a turbação ao exercício livre dos poderes de qualquer das Unidades da Federação poderá ensejar a intervenção da União no Estado, ex vi art. 34, inciso IV, também da Carta Magna.

Mas o que se deve entender por poderes “independentes e harmônicos entre si”?

A resposta pode ser encontrada na magistral lição de José Afonso da Silva (2000, p. 114) que, sem meias palavras, consigna que a independência dos poderes significa, dentre outras duas características, “que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não depende da confiança nem da vontade dos outros”¹.

Vê-se logo que o ilustre constitucionalista entende que a autonomia, característica da tripartição, pressupõe a autonomia de gestão administrativa, afeta ao servidor público. É dizer que, a maneira de acesso ao serviço público, bem como o modo e

a circunstância em que haverá a cessação do vínculo firmado, são matérias inerentes ao poder interessado, não havendo a possibilidade de interferência de outro poder, salvo em situações específicas caracterizadas pelo sistema de freios e contrapesos, autorizadas pela própria Constituição Federal.

A propósito dessas exceções, nelas reside a significação da palavra “harmônicos”, vez que, por óbvio, a independência não é absoluta, quebrada apenas em circunstâncias específicas previstas pelo constituinte.

De outro lado, o militar, a exemplo do servidor público civil, está sujeito a uma tríplice responsabilidade, no que tange aos atos ilícitos que pratica. É dizer que o policial militar, por exemplo, ao praticar uma conduta irregular, poderá sofrer consequências nas esferas penal, civil e administrativa. Some-se a essas esferas a improbidade administrativa, enxergada como quarta via de responsabilização, com fulcro no art. 12 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992².

A responsabilidade administrativa encontra seu delineamento nos estatutos e regulamentos disciplinares, o que colore a responsabilidade em relevo com a designação de disciplinar. Em outras palavras, surge a chamada responsabilidade administrativo-disciplinar ou, simplesmente, responsabilidade disciplinar dos militares.

O ponto central da discussão, dessarte, reside em entender como se processa, na visão doutrinária, a interação dessas esferas, ou seja, deve-se averiguar, para o raciocínio que se afigura, se as esferas são independentes ou não entre si, principalmente no que se refere à responsabilização penal e administrativa.

Para a abordagem desse aspecto, deve-se cindir a discussão sob dois enfoques: a concepção do ilícito penal e disciplinar e o processamento desses ilícitos.

Em primeiro plano, no que concerne à concepção do ilícito disciplinar e o ilícito penal, há de se discutir se há diferença entre eles e, em havendo, qual é essa diferença. Essa discussão, frise-se, toma lugar na discussão não propriamente sobre o ilícito praticado, e sim sobre a consequência do ilícito, ou seja, a pena e a sanção disciplinar.

Para alguns, a diferença existente entre a pena criminal e a sanção disciplinar (“pena disciplinar”), portanto, entre crime e transgressão, é substancial, de sorte que o ilícito disciplinar diferencia-se do penal em face do objeto de incidência, diferente num caso e noutro. Nesse sentido dispõe Rogério Luís Marques de Mello, arrimado em Laband e Cretella Júnior, que “penas disciplinares ‘não são castigos, no sentido do direito penal,

² SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 114.

mas meios de que dispõe o Estado para assegurar a boa ordem no serviço e a observância dos deveres prescritos”³. Prossegue concluindo que:

[...] em suma, enquanto a pena criminal visa ressocializar o indivíduo diante da perturbação causada à ordem pública, a sanção disciplinar resulta da ‘necessidade de proteção de uma ordem administrativa interna, de valores de hierarquia, subordinação, coordenação entre os múltiplos funcionários públicos ou tutela de peculiares deveres profissionais’ (OSÓRIO, 2000, p. 126)⁴.

Mais ainda, que:

[...] os objetivos do direito administrativo disciplinar, conforme Nieto (1994) citado por Osório (2000, p. 119), ‘estão intimamente vinculados à busca de interesses gerais e públicos, o que impede uma contaminação penalista ‘inspirada exclusivamente por la obsesión de las garantías individuales. Es obvio, desde luego, que ningun jurista auténtico se opondrá nunca a la ampliación y consolidación de tales garantías, que son irrenunciables; pero tampoco es lícito pretender agotar en ellas el contenido del Derecho público, cuya vertiente fundamental es la promoción y garantía de los intereses generales y colectivos’⁵.

Para outros, no entanto, a diferença entre as consequências da prática do ilícito penal e administrativo, e dessa forma da própria natureza dos ilícitos, não é substancial (qualitativa) e sim de gradação (quantitativa), ou seja, o ilícito penal e o ilícito disciplinar possuem o mesmo objeto, aviltam o mesmo bem da vida, apenas diferenciando-se na gradação de afronta num caso e noutro. Nesse sentido, Lúcia Valle Figueiredo:

Deveras, a diferença fundamental entre as sanções administrativas e as penais está apenas na gravidade da infração.

Enfatizamos que as sanções administrativas têm caráter repressivo, porém para infrações consideradas pelo legislador como potencialmente menos agressivas. O ilícito administrativo é punido, por isso mesmo, com sanções administrativas, e não com penas privativas de liberdade ou penas alternativas, como modernamente também se pode utilizar quando se tratar de sanções penais⁶.

Com efeito, parece mais adequada a conclusão pela visão quantitativa e não qualitativa, ou seja, ilícito administrativo e ilícito penal possuem diferenças apenas no que concerne à intensidade de violação de um bem jurídico tutelado normativamente que pode coincidir nas duas situações.

Como exemplo, tome-se a hierarquia e a autoridade militares. No crime de desrespeito a superior (art. 160 do CPM), notadamente, a prática do delito é reconhecida quando há uma afronta a esses bem jurídicos, porém, uma afronta considerável a ponto de merecer a tutela penal militar, porquanto, bem se sabe que, em nome da subsidiariedade e da fragmentariedade próprias do Direito Penal, nullum crimen sine iniuria. Por outro bordo, exemplificativamente, o número 36 do parágrafo único da Lei

² No sentido de a improbidade administrativa ser uma quarta esfera de responsabilização, por todos, vide DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 812-3.

³ MELLO, Rogério Luís Marques de. Da prova indiciária no processo administrativo disciplinar militar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 331, 3 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5287>>. Acesso em: 27 set. 2009.

⁴ Idem. Ibidem.

⁵ Idem. Ibidem.

⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 464.

Complementar n. 893, de 9 de março de 2001 (Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo), dispõe ser transgressão disciplinar de natureza grave o ato de se dirigir, de se referir ou de responder a superior de modo desrespeitoso. Naturalmente, ambos, ilícitos penal militar e administrativo-disciplinar, têm por objeto a disciplina e a autoridade militares, lesada no primeiro caso de forma mais aviltante.

Nesse contexto, também deve ser revelado que a extrema gravidade da afronta ao bem jurídico, embora configure o ilícito penal, não afastará a correlata transgressão disciplinar no mesmo episódio, podendo o autor sofrer a repressão penal e a repressão disciplinar, marcando-se uma relativa independência das esferas no que concerne à imposição da sanção correlata.

Cediço na doutrina que as esferas penal, administrativa e civil funcionam de modo autônomo e harmônico no que diz respeito à imposição de suas conseqüências, a saber, a imposição da pena criminal, da sanção disciplinar e obrigação de reparar o dano. Claro que casos existirão em que uma estará vinculada à outra, mas isso ocorrerá por exceção.

No que se refere especificamente em relação às esferas penal e disciplinar, há uma tendência a se compreender, em princípio, que constituem elas círculos concêntricos, o que permite afirmar que nem toda transgressão é crime, porém, todo crime é transgressão. Em outros termos, deve-se reconhecer que uma transgressão disciplinar pode ser punida autonomamente, mesmo que aquele fato não configure um crime (comum ou militar). Contudo, diante de um crime praticado por um militar do Estado, por exemplo, em regra, haverá uma transgressão disciplinar correlata, posto que um dos deveres disciplinares nos Regulamentos Disciplinares Militares é o de respeitar a lei, podendo-se dizer que quem comete um crime não respeita a lei, portanto, é indisciplinado e conseqüentemente merece a sanção disciplinar. Esta, em regra, não é absorvida pela pena aplicada, podendo haver a coexistência entre punição disciplinar e pena, sem lesão ao princípio *ne bis in idem*.

Claro que essa realidade pode muito bem, por lei (ou Decreto para os que assim admitem), ser diversa, já que a Unidade Federativa poderá, em sua legislação disciplinar, atrelar absolutamente a responsabilidade disciplinar à penal. Em outros termos, a lei disciplinar específica poderá reconhecer a independência das esferas, sedimentando o que a doutrina defende, trazendo ou não algumas exceções, ou então deixar a esfera disciplinar totalmente atrelada à esfera penal, inclusive fazendo com que esta absorva aquela.

Como exemplo, tome-se o Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro (R-4), aprovado pelo Decreto Federal n. 4.346, de 26 e agosto de 2002 e seguido também por várias Polícias Militares do Brasil. Referido diploma apresenta em seu art. 14 disposições aparentemente contraditórias acerca da independência das esferas.

Em primeiro plano, considera no § 1º que a transgressão disciplinar é subsidiária à infração penal, porquanto consigna que quando “a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime ou contravenção penal, não se caracterizará transgressão disciplinar”. A tradicional concepção segundo a qual o Direito Penal e o Direito Disciplinar consistem em esferas concêntricas, portanto, por uma opção normativa, foi alterada, de sorte que em havendo um crime, por exemplo, não se falará em transgressão disciplinar.

Curiosamente, no entanto, o § 2º dispõe que as “responsabilidades nas esferas cível, criminal e administrativa são independentes entre si e podem ser apuradas concomitantemente”, consagrando a tríplice responsabilidade. Pode parecer contraditório o aqui disposto com a regra do parágrafo anterior, já que em havendo crime não haverá transgressão, todavia, parece este dispositivo direcionado não à concepção do ilícito disciplinar, mas à apuração desse ilícito, ou seja, processamento, aspecto que será abordado mais adiante.

Assim, sob o enfoque da concepção dos ilícitos disciplinar e penal, no plano de estudo do Regulamento Disciplinar do Exército, pode-se afirmar que a transgressão disciplinar será absorvida pelo crime, quando alinharem-se sob a orientação de tutela do mesmo bem jurídico. Essa concepção, note-se, é ratificada pelo § 4º do art. 14, que dispõe que no “concurso de crime e transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, esta é absorvida por aquele e aplica-se somente a pena relativa ao crime”. Verifique-se que essa realidade normativa apenas consagra a visão de que crime e transgressão possuem distinção quantitativa e não qualitativa, muito embora puna-se, neste caso, apenas o crime. Por outro bordo, a subsidiariedade da transgressão em função do crime, não se constitui em visão obrigatória para todas as Instituições Militares, podendo haver previsão diversa, no sentido de ocorrer o sancionamento de ambos os ilícitos por força de lei específica.

Dessarte, resumindo a concepção do ilícito disciplinar e do ilícito penal em face do R-4, adotado pelo Exército Brasileiro e por várias Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares do Brasil, entende-se que a previsão do § 4º do art. 14 ratifica o disposto no § 1º do mesmo artigo, porém, obviamente, para transgressões que possam ser o caminho do crime, indicando a lesão ao mesmo bem jurídico protegido pelo tipo penal e pelo tipo transgressional. Assim, poderiam ser cunhadas duas hipóteses:

1) crime cometido por militar sujeito ao R-4, que não possua expressa transgressão correlata no Anexo I desse Regulamento (que traz as transgressões em espécie): nos termos do § 1º do art. 14, não se caracterizará a transgressão disciplinar, havendo apenas a persecução criminal; como exemplo, no caso de um homicídio, apenas haverá a aplicação de sanção penal e somente o ilícito penal será considerado, posto que se trata de um crime que será considerado em lugar da transgressão, já que o anexo I do R-4 não contempla conduta como “matar alguém”;

2) crime cometido por militar sujeito ao R-4, que possua expressa transgressão correlata no Anexo I desse Regulamento (que traz as transgressões em espécie): as transgressões correlatas podem existir autonomamente, por exemplo, quando a conduta não for dotada de lesividade suficiente para merecer intervenção penal (*nullum crimen sine iniuria*); contudo, quando considerada a conduta como um crime, por opção normativa do § 4º do art. 14 do R-4, a repressão disciplinar dará lugar à repressão penal, não havendo punição disciplinar; como exemplo, tome-se o número 5 do Anexo I do R-4, que considera transgressão o ato de deixar de punir o subordinado que cometer transgressão, salvo na ocorrência das circunstâncias de justificação previstas no próprio Regulamento; note-se que há a possibilidade dessa conduta ser subsumida pela prática delitiva da condescendência criminosa (art. 322 do CPM), havendo o concurso de crime e de transgressão expressa, prevalecendo aquele em detrimento desta.

Frise-se que pode parecer estranha a aplicação de pena sem que haja conseqüente punição disciplinar aplicada por autoridade administrativa, mormente em condenações criminais por penas superiores a dois anos ou que importem em incompatibilidade ou indignidade para o desempenho da atividade militar. Contudo, a estranheza é dissipada se forem consideradas as penas acessórias e os efeitos da condenação. Em outros termos, um militar do Exército que seja condenado à pena de oito anos de reclusão, por crime militar de roubo (art. 242 do CPM), embora não podendo ser punido à luz do R-4, muito provavelmente não permanecerá nas fileiras da Instituição, já que, se for praça, poderá ser aplicada a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, prevista no art. 102 do CPM – frise-se que, diferentemente das praças das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares (art. 125, § 4º da CF), as praças das Forças Armadas não possuem a prerrogativa de foro para a perda da graduação –, e, se for oficial, será submetido à avaliação da indignidade para o Oficialato, perante o Superior Tribunal Militar, nos termos dos incisos VI e VII do § 3º do art. 142 da Constituição Federal. Em crimes comuns, a condenação poderá importar, para a praça, na aplicação da perda da função pública, nos termos das letras “a” e “b” do inciso I do Código Penal, e, se oficial, também haverá avaliação ética pelo STM.

Essa foi a opção da União para os militares do Exército Brasileiro, o que não necessariamente, como já mencionado, em nome do “pacto federativo”, vincula os Estados integrantes da Federação. É dizer, por outras letras, que os Estados não precisam necessariamente seguir esse viés, ainda mais for firmado o acertado entendimento de que o art. 18 do Decreto-lei n. 667, de 2 de julho de 1969, lesa a autonomia dos entes federativos⁷.

No Estado de São Paulo, para ter outro parâmetro, a opção legislativa foi diversa da acima exposta. O “legislador bandeirante” optou por simples e clara disposição a consagrar a independência das esferas de responsabilização. No § 5º do art. 12 da já mencionada Lei Complementar n. 893/01, dispõe-se que a aplicação das penas disciplinares previstas no Regulamento Disciplinar independe do resultado de eventual ação penal. Fica claro que, tanto na concepção do ilícito disciplinar em face do ilícito penal, como no processamento do primeiro, o legislador seguiu a regra da independência das esferas, sem expressas exceções, como ocorreu no R-4. As exceções à independência das searas de responsabilização, todavia, são reconhecidas por fruto da doutrina e da jurisprudência.

Tenha-se por premissa, portanto, que em São Paulo uma transgressão disciplinar pode ser autônoma, sem que configure delito, mas, mesmo que o fato configure um crime (militar ou comum) a caracterização e sancionamento do ilícito disciplinar tomarão corpo, podendo coexistir uma ato punitivo disciplinar (sanção disciplinar) e uma pena.

Essa visão, há que se ressaltar, já encontra guarida no Supremo Tribunal Federal desde 1997, como se verifica na seguinte ementa;

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO - DEMISSÃO APÓS PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. LEGALIDADE DA PUNIÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 41, PAR. 1. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C ART. 132, I, IV, X E XI, DA LEI 8.112/90. 1. A materialidade e autoria dos fatos ilícitos deverão ser apurados em processo administrativo disciplinar regular, assegurando ao imputado a ampla defesa e o contraditório. 2. A Administração devesse aplicar ao servidor comprovadamente faltoso a penalidade cabível, na forma do artigo 41, par. 1., da Constituição Federal c/c com o art. 132, I, IV, X e XI, da Lei n. 8.112/90. 3. Inexistência de agressão a direito líquido e certo do impetrante, uma vez que as decisões estão em perfeita consonância com a norma legal aplicada. 4. A ausência de decisão judicial com trânsito em julgado não torna nulo o ato demissório, pois a aplicação da pena disciplinar ou administrativa independe da conclusão dos processos civis e penais, eventualmente instaurados em razão dos mesmos fatos. 5. Segurança indeferida. (STF, MS 22.438/SC, rel. Min. Moreira Alves, j. 20-11-1997).

Outro ponto relevante é firmar que, em regra, crime e transgressão compõem esferas concêntricas, de modo que, em princípio, todo crime configura-se em uma transgressão punível. Essa relação, é preciso que se ressalte, conheceu recente

⁷ “As Polícias Militares serão regidas por Regulamento Disciplinar redigido à semelhança do Regulamento Disciplinar do Exército e adaptado às condições especiais de cada Corporação”

questionamento, digno de nota. Em um caso no Estado de São Paulo, um Policial Militar foi condenado à pena de reclusão de 6 anos, por prática do delito de homicídio, perpetrado em 05 de março de 1992, com sentença transitada em julgado em 08 de maio de 2006. Apesar de se tratar de crime militar, com a edição da Lei n. 9.299/96, os autos foram remetidos à Justiça Comum, o que levou o julgamento e a condenação para o 2º Tribunal do Júri da Capital (Processo n. 1.300/96). Em face da condenação, o autor do fato foi submetido a um processo ético de Perda de Graduação de Praça perante o Tribunal de Justiça Militar (PGP n. 935/07), arrimado no entendimento daquela Corte de que lhe caberia a competência para tanto, arrimado no que dispõe o § 4º do art. 125 da Constituição Federal. A situação concreta, portanto, era a de um Policial Militar condenado definitivamente por crime, que, na visão tida como regra, teria como consequência a perda de sua graduação e, em seguida, a aplicação da sanção disciplinar de demissão, segundo impõe a alínea “b” do inciso II do art. 23 da Lei Complementar n. 893/01. Entretanto, não foi o que ocorreu. O v. acórdão, sob relatoria do Cel PM Avivaldi Nogueira Junior, entendeu que o Policial Militar não merecia perder a graduação, julgando, por 4 votos a 2, improcedente a representação do Ministério Público nesse sentido. Como argumento, a decisão levou em consideração que a vida profissional do militar do Estado, desde a época da prática do delito até o ano do julgamento, fora marcada por uma conduta ilibada, marcada por relevantes serviços prestados, indicando uma desejável recuperação após o grave delito pelo qual foi condenado. Embora possam alguns questionar, a decisão do Egrégio Tribunal de Justiça Militar, embora impeça a aplicação das sanções de demissão e de expulsão à praça PM, não impossibilitaria a aplicação de outra espécie de sanção disciplinar não exclusória, a exemplo da detenção, sedimentando-se, assim, a visão de esferas concêntricas.

Embora se tenha firmado a independência das esferas, são reconhecidas no estado de São Paulo algumas exceções, todas elas bem delineadas pela jurisprudência e pela doutrina e não pela lei disciplinar paulista.

Avaliando apenas o aspecto de configuração do ilícito disciplinar militar no Estado de São Paulo, sem atrelar o raciocínio ao processamento da transgressão, tem-se como exemplo de exceção à independência das esferas penal e disciplinar o caso de absolvição na esfera criminal por uma conduta que também configure transgressão. O § 3º do artigo 138 da Constituição Estadual expressamente dispõe que “servidor público militar demitido por ato administrativo, se absolvido pela Justiça, na ação referente ao ato que deu causa à demissão, será reintegrado à Corporação com todos os direitos restabelecidos”.

Assim, e.g., em um caso de homicídio, como mencionado no primeiro exemplo acima para militar do Exército Brasileiro, só que agora praticado por policial militar de São Paulo, o Comandante Geral poderá aplicar a sanção de demissão ou e expulsão, mesmo sabendo, em respeito à autonomia das esferas, de pendência do processo-crime, já que a configuração do ilícito disciplinar não está atrelada ao reconhecimento prévio do crime. Agora, havendo a absolvição do militar por sentença transitada em julgado, posteriormente ao ato administrativo de demissão ou de expulsão, como exceção reconhecida à independência das searas de responsabilização, o militar do Estado terá direito à reintegração.

É importante consignar que, ainda que o texto da Constituição Estadual seja amplo, não restringindo o fundamento da absolvição que será aproveitada em sede disciplinar, de forma majoritária tem-se entendido a possibilidade de repercussão da absolvição criminal se os fatos forem rigorosamente os mesmos analisados em uma e outra esfera, sem a existência de falta adjacente ou residual, e se a absolvição for calcada em negativa de autoria ou inexistência do fato apurado, como, aliás, consignou diligentemente o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) no § 3º do art. 14. Tal interpretação não ocorre a esmo, porquanto se alinha ao Despacho Normativo do Governador do Estado, publicado no Diário Oficial do Estado de 30 de março de 1990, o qual dispôs sobre a limitação da aplicabilidade da regra do artigo 138, § 3º, da Carta Paulista, no sentido já explanado. Ademais, aliam-se ao acima exposto respeitáveis considerações doutrinárias respaldando a interpretação restritiva do dispositivo constitucional, a exemplo de Di Pietro (2004, p. 499) que, ao comentar o artigo 386 do Código de Processo Penal, peremptoriamente aduz:

Não repercutem na esfera administrativa:

1. a hipótese do inciso III, porque o mesmo fato que não constitui crime pode corresponder a uma infração disciplinar; o ilícito administrativo é menos do que o ilícito penal e não apresenta o traço da tipicidade que caracteriza o crime;
2. as hipóteses dos incisos II, IV e VI, em que a absolvição se dá por falta de provas; a razão é semelhante à anterior: as provas que não são suficientes para demonstrar a prática de um crime podem ser suficientes para comprovar um ilícito administrativo.⁸

A relativa independência das esferas penal e disciplinar, por fim, também encontra respaldo no Supremo Tribunal Federal, como se verifica na Súmula 18 do Pretório Excelso, aprovada em Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963, *in verbis*: “Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal é admissível a punição administrativa do servidor público”.

Somando-se ao que foi consignado, há um outro ponto em que responsabilização disciplinar e penal estão atreladas, a saber, quando houver excludente de ilicitude (ou em

alguns casos de culpabilidade) reconhecida no processo crime. Para a compreensão nesse sentido, uma outra premissa, já defendida em trabalho apartado⁹, deve ser acolhida, qual seja, a de que o ilícito administrativo-disciplinar, de forma não idêntica, mas muito semelhante, merece uma compreensão analítica que passe por elementos distintos compreendidos como uma tipicidade mitigada, a antijuridicidade e a culpabilidade, sob pena de não ser caracterizado.

Para trabalhar com os dois Regulamentos citados, o inciso II do art. 18 do R-4 considera causa de justificação a prática de conduta transgressional, por exemplo, em legítima defesa própria ou de terceiro. Assim também o faz o inciso II do art. 34 da Lei Complementar n. 893/01, de São Paulo. Nesse sentido, há que se firmar que, aceitando-se a premissa proposta, a absolvição calcada, por exemplo, em legítima defesa, também aproveitará a concepção da transgressão disciplinar, de sorte que não poderá haver a aplicação de sanção disciplinar correspondente, claro, desde que fato-crime e fato-transgressão sejam exatamente coincidentes.

Finalmente, a independência das esferas penal e disciplinar deve ser avaliada sob o enfoque do processamento dos ilícitos, o que importa em questionar, por outras palavras, se o curso da apuração da transgressão disciplinar depende do termo da apuração do ilícito penal.

Como já exposto, para o Exército Brasileiro, o R-4, no § 2º do art. 14 dispõe que as “responsabilidades nas esferas cível, criminal e administrativa são independentes entre si e podem ser apuradas concomitantemente”, consagrando a independência das esferas mas apenas no que concerne ao processamento desses ilícitos. Aparentemente, há uma contradição do § 2º com os §§ 1º e 4º, que tratam da concepção do ilícito disciplinar em face do ilícito penal, já esmiuçados acima.

Em verdade, as duas proposições são compatíveis apenas sob um possível visão: o § 2º do art. 14 permite a apuração (processamento) dos ilícitos penal e disciplinar (e civil, que não interessa à discussão) de forma autônoma; porém, se no curso da apuração do ilícito disciplinar, ou ao seu final, for detectado que a conduta também se configura em crime, entrarão em voga os §§ 1º e 4º do art. 14 do Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro.

Para melhor compreensão, tomem-se os seguintes exemplos:

⁸ Op. cit., p. 499.

⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Teoria geral do ilícito disciplina militar**: um ensaio analítico. Direito Penal e Processual Penal Militar. Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público, Teoria Geral do Ilícito Disciplina Militar: um Ensaio Analítico. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004, p. 189.
Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/publicacoes/caderno_8.pdf>.

1) um militar do Exército responde de forma desrespeitosa ao seu superior hierárquico, sendo desencadeado um procedimento (ou processo) apuratório que, no seu curso ou ao final, verifica que a conduta foi dotada de lesividade o bastante para configurar crime; neste caso, a medida adequada será não sancionar disciplinarmente o militar, instaurando-se o adequado inquérito policial militar; havendo a condenação pelo delito, não haverá sanção disciplinar a ser aplicada;

2) um militar do Exército mata um colega de farda, não havendo nenhum outro fato adjacente que mereça apreciação disciplinar; como sua conduta configura-se em crime, não haverá consequência disciplinar autônoma, posto que, por se tratar de uma infração penal militar (art. 9º, II, "a", CPM), nos termos do § 1º do art. 14 do R-4, a transgressão será absorvida pelo fato criminoso, nem se instaurando procedimento (processo) para a apuração da transgressão disciplinar; ao final do processo-crime, em havendo condenação maior que dois anos, por exemplo, o Conselho de Justiça aplicará a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, nos termos do art. 102 do Código Penal Militar, nada restando autonomamente para a esfera disciplinar;

3) o soldado "A", de serviço na guarda do quartel, adverte seu colega de serviço, Soldado "B", que no período de folga não poderia, como estava fazendo, retirar o fardamento; zangado com a advertência, "B" desferiu dois tiros em "A", matando-o; note que há uma transgressão disciplinar precedente ao homicídio, vez que "B" contrariou norma expressa em regulamento que trata de serviços internos, não se mantendo fardado em seu período de folga no quarto e hora que desempenhava a função de sentinela; essa transgressão pode, à luz do § 2º do art. 14 do R-4, receber persecução disciplinar autônoma ao processamento do crime militar praticado, sobrevindo a condenação pelo delito e a punição disciplinar pela transgressão disciplinar não abrangida pelo crime.

Mais uma vez, deve-se verificar que essa autonomia apuratória pode ser excepcionada pelas leis (normas) disciplinares específicas a cada Instituição Militar, o que não foi o caso de São Paulo que manteve essa possibilidade de processamento autônomo.

A disposição do § 5º do art. 12 da Lei Complementar n. 893/01, ao consignar que a aplicação das penas disciplinares previstas no Regulamento Disciplinar independe do resultado de eventual ação penal consagrou não só a independência de esferas na concepção dos ilícitos como também no processamento desses, de sorte que o sancionamento de um militar do Estado de São Paulo, mesmo em um fato considerado crime, não requer prévio termo do processo crime correlato. Uma outra questão, no Estado de São Paulo, marca o processamento da transgressão disciplinar diante de um processo crime, qual seja, a do § 3º do art. 138 da Constituição Estadual no sistema

recursal do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de São Paulo, trazida pela Lei Complementar n. 915, de 22 de março de 2002. Por essa lei os artigos 83 e 84 do citado regulamento passaram a admitir recursos disciplinares em processos regulares de praças – Conselho de Disciplina e Processo Administrativo Disciplinar – apenas quando houver a hipótese do citado dispositivo da Constituição Paulista, ou seja, quando houver, com as limitações já delineadas (negativa de autoria, inexistência do fato e excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade), a absolvição por fato-crime idêntico à transgressão, sedimentando-se mais um ponto em que o ilícito penal influencia a persecução da transgressão disciplinar.

No mesmo sentido, tome-se o recente Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Rondônia, trazido pelo Decreto Estadual n. 13.255, de 12 de novembro de 2007. O § 1º do art. 12 desse diploma dispõe:

§ 1º Quando a ação ou omissão praticada constituir-se, ao mesmo tempo, infração penal e disciplinar, prevalecerá o princípio da relativa independência das instâncias, que se orientará da maneira seguinte:

I - quando a existência do fato ou quem seja seu autor acharem-se definidos por sentença judicial transitada em julgado, será incabível a discussão do mérito na esfera administrativa, sujeitando-se o policial militar à sanção disciplinar, sem prejuízo dos dispositivos que regem sua aplicação;

II - quando estiverem presentes no processo administrativo disciplinar as provas do cometimento de transgressão disciplinar, a autoridade disciplinar estará desobrigada de aguardar o trânsito em julgado da decisão judicial;

III - quando a absolvição criminal negar a existência do fato ou da sua autoria ou, ainda, isentar o seu autor do crime por meio de uma das excludentes, a responsabilidade administrativa do servidor será afastada, se não houver falta residual a punir.

Nitidamente, no plano da concepção do ilícito disciplinar, o inciso I constitui-se em regra que maximiza a concepção de que crime e transgressão se constituem em elementos de esferas concêntricas, dispondo que a conclusão pela prática de crime, por sentença condenatória irrecorrível, impõe a conclusão por infração disciplinar. Essa regra, no entanto, é amainada pelo § 2º do mesmo artigo que dispõe que “Quando a ação ou omissão praticada constituir-se apenas infração penal, e esta não contrariar os princípios da ética ou do dever policial militar, só será admissível a imposição de sanção quando houver falta residual capitulada como transgressão”. Em outros termos, manteve-se a autonomia de concepção de ilícito penal e disciplinar.

No plano do curso apuratório, porém, no inciso II, consagra a independência do processo administrativo para sancionar uma transgressão que também seja crime.

A posição de independência para o processamento de ilícito penal e disciplinar, há que se ressaltar, ganha respaldo doutrinário. Di Pietro, com peculiar maestria ensina que, em face de um fato que é, ao mesmo tempo, definido em lei como crime e transgressão, “instauram-se o processo administrativo disciplinar e o processo criminal prevalecendo a regra da independência entre as duas instâncias, ressalvadas algumas

exceções, em que a decisão proferida no juízo penal deve prevalecer, fazendo coisa julgada na área cível e na administrativa”¹⁰.

Como premissa para continuação do raciocínio, firme-se, após as considerações acima, que, mesmo havendo a concepção de independência das esferas penal e disciplinar, uma sentença absolutória passada em julgado que reconheça a inexistência do fato, a negativa de autoria ou uma excludente de antijuridicidade (ou de culpabilidade), constitui-se em exceção à regra, repercutindo na esfera disciplinar podendo gerar, por exemplo, a reintegração de um militar demitido ou expulso.

3. A NOVA QUESITAÇÃO DO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI À LUZ DA LEI N. 11.689/08

Como já consignado, a Lei n. 11.689/08 alterou o procedimento dos processos submetidos ao Tribunal do Júri, gerando reflexos ainda em assimilação pela doutrina.

Um reflexo ainda não detectado está na mudança de quesitação e sua influência na esfera disciplinar, exatamente com lastro nos postulados acima citados acerca da influência da sentença criminal absolutória nessa esfera.

Na atual concepção, a decisão será tomada por maioria de votos, ou seja, quatro ou mais votos, contudo, haverá situações em que será impossível saber o fundamento a absolvição.

A lei em comento trouxe o novo art. 483 do Código de Processo Penal, segundo o qual os quesitos a serem formulados aos jurados corresponderão à indagação sobre:

- I. a materialidade do fato;
- II. a autoria ou participação;
- III. se o acusado deve ser absolvido;
- IV. se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;
- V. se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

Havendo a absolvição nos termos do inciso I ou II, afetos à materialidade e à autoria ou participação, a sentença absolutória surtirá efeito na esfera disciplinar, devendo o militar, se expulso, demitido ou sancionado com outra punição disciplinar, ter reconhecida a invalidade da punição e, em consequência, ser reintegrado às fileiras da

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 522.

Instituição Militar ou ter eliminada de seu Assentamento Individual (registro profissional) a punição não exclusória aplicada¹¹.

O problema, no entanto, refere-se ao terceiro quesito, que sem nenhuma argumentação jurídica pergunta apenas se o acusado deve ser absolvido.

Em outros termos, após vencidas as deliberações acerca da materialidade do fato e da autoria (ou participação), uma vez confirmadas, é quesito obrigatório, em terceiro momento, a indagação se os jurados absolvem o acusado. Veja-se que, como afirmam Edilson Mougenot Bonfim e Domingos Parra Neto¹², a pergunta é sugestiva de absolvição, não perguntando se o acusado é “culpado de ter cometido o fato”, como no sistema francês, ou se é culpado ou inocente (*guilty or not guilty*), como na Inglaterra, nem se permitindo uma terceira via, como no sistema escocês em que podem os jurados optar por considerar o acusado culpado, inocente ou reconhecida a insuficiência de provas (*not proven*), que traria importante reflexos cíveis, entre os quais a possibilidade de discussão ou não acerca do dever de reparação do dano.

Assim, o novel modelo poderá impedir o conhecimento da fundamentação da absolvição, no terceiro quesito, desconhecendo-se, por exemplo, se houve ou não a legítima defesa, já que os jurados apenas respondem se absolvem ou não o acusado, independentemente da prevalência de uma ou outra tese defensiva.

Acerca do problema, muito bem sintetizam Eloísa de Souza Arruda e César Dario Mariano da Silva:

No primeiro quesito, se indagará sobre a materialidade do fato, ou seja, sobre a existência concreta do crime, o que, na maioria das vezes, pode-se demonstrar com laudo elaborado por peritos médicos.

No segundo quesito, serão os jurados indagados sobre a autoria ou a participação no crime.

Mas a grande inovação reside no quesito relativo às teses absolutórias. A questão posta aos jurados será simplesmente se eles absolvem o acusado. Assim, invocada qualquer causa que exclua o crime ou isente o réu de pena, será ela incluída num só quesito, a ser votado pelos julgadores leigos nesse momento. Ou seja, em uma única pergunta estarão incluídas todas as teses defensivas, mesmo que alternativas e aparentemente incompatíveis. Este quesito somente será votado quando reconhecidas a materialidade e a autoria ou participação no crime.

A despeito da inegável simplicidade da pergunta posta aos jurados por determinação do legislador, alguns problemas certamente advirão.

Sustentada mais de uma tese defensiva, não se saberá ao certo qual o fundamento da absolvição, visto que os julgadores populares julgam pelo sistema da íntima convicção, não necessitando explicitar as razões do seu convencimento. E a defesa poderá alegar diversas teses, antagônicas ou não, ou até mesmo pedir clemência aos jurados, que poderão acolhê-las, dando ensejo à absolvição.

¹¹ Aponta-se também alguma incerteza no segundo quesito, porquanto não se define bem se há a absolvição porque os jurados reconhecem que o acusado não é o autor do fato ou se pela falta de convencimento, pelo conteúdo probatório, de que ele é o autor. Todavia, a maior discrepância está no terceiro quesito.

¹² BONFIM, Edilson Mougenot; NETO, Domingos Parra. **O novo procedimento do júri**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140-2.

Com efeito, apresentadas diversas teses, reconhecendo quatro ou mais jurados uma delas, o resultado será a absolvição, mesmo que o motivo do convencimento seja distinto.

No procedimento estabelecido pelo Código de Processo Penal de 1941, somente seria o caso de absolvição se ao menos quatro dos jurados acolhessem a mesma tese. Pelas novas regras, caso sejam apresentadas hipoteticamente quatro teses de defesa (ex: legítima defesa real, legítima defesa putativa, estado de necessidade e clemência), aceitando cada jurado uma delas, o resultado será a absolvição, sem haver a possibilidade de se saber qual o seu fundamento. Assim, mesmo que as razões da persuasão sejam diversas, poder-se-á chegar a um veredicto absolutório.¹³

Ainda a apontar o problema trazido pela nova quesitação, Edilson Mougenot Bonfim e Domingos Parra, expõem que a nova sistemática causará perplexidade, exemplificando:

[...] Imagine-se, por exemplo, que a única tese apresentada pela defesa seja a de negativa de autoria. Afastada a tese, respondidos afirmativamente os quesitos relativos à materialidade e à autoria e participação, deverá o juiz presidente, ainda assim, indagar aos jurados se absolvem o acusado. Respondendo negativamente, nenhum problema se suscita, eis que os jurados confirmam a condenação. Todavia, se os jurados responderem afirmativamente ao quesito, absolvendo o acusado, qual o fundamento da absolvição? O resultado de um julgamento decidido nestes termos trará perplexidade, e, havendo recurso do órgão acusador, parece-nos que não resta outra alternativa ao tribunal *ad quem* senão ordenar que o réu seja submetido a novo julgamento, por ser a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos¹⁴.

Em arremate, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Guilherme Madeira Dezem, com a perspicácia peculiar, deflagram:

Embora seja digna de elogios a tentativa do legislador de, com este quesito, resolver uma série de problemas, aglutinando-se em um único quesito todas as teses defensivas possíveis, é de se criticar seu reducionismo, o qual não contemplou a miríade de possibilidades que cercam a vida das pessoas e – não nos esqueçamos – da relevância que tal questão tem no Direito, visto que é disso que substancialmente trata¹⁵.

A situação até aqui exposta importará em um problema a ser dirimido pelo Direito Administrativo Disciplinar, até agora não detectado pelos operadores do Direito, consistente na consequência disciplinar em face de uma absolvição na terceira quesitação. No terceiro quesito, a impossibilidade de conhecimento do fundamento da absolvição trouxe um gravame ao jurisdicionado, de sorte que não será evidente o necessário reconhecimento de causa de justificação e, conseqüentemente, não será necessária a eliminação da punição disciplinar, por exemplo, gerando a reintegração de um militar demitido. No caso do estado de São Paulo, de se notar, essa situação interferirá também na possibilidade recursal em processos regulares de praças.

Como bem sintetizaram os autores acima, os jurados não precisam indicar o fundamento de seus votos, manifestando apenas se condenam ou absolvem o acusado, ainda que por clemência, em alinhamento ao sistema e valoração das provas pela íntima

¹³ ARRUDA, Eloísa de Souza; SILVA, César Dario Mariano da. **Questionário no julgamento pelo Júri**. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/art_juridicos2008.html>. Acesso em: 28 jun. 2009.

¹⁴ BONFIM, Edilson Mougenot; NETO, Domingos Parra. **O novo procedimento do júri**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

¹⁵ DEZEM, Guilherme Madeira; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Nova lei do procedimento do Júri comentada**. São Paulo: Millennium, 2009, p. 133.

convicção. Esse sistema, também chamado da livre convicção ou da certeza moral do juiz, permite que o jurado avalie a prova com ampla liberdade, decidindo ao final de maneira a aplicar o direito segundo sua livre convicção, não estando obrigado

a fundamentar suas decisões e seu veredicto, o que acaba por se resumir a simples sentença – culpado ou inocente. Isto porque este sistema está baseado na idéia de certeza moral do julgador e na sua própria vontade, não lhe exigindo a explicitação de justificativas na exposição de suas razões de julgamento¹⁶.

Para exemplificar, imagine-se um militar do Estado de São Paulo que esteja sendo processado pelo delito de homicídio perante o Tribunal do Júri, lembrando-se que hoje, para os militares Estaduais, com as inovações legal e constitucional, mesmo os crimes militares serão submetidos ao Júri quando dolosos contra a vida de civil. Ao mesmo tempo, dito militar responde, em observância à autonomia das esferas sustentada, a um processo administrativo que resulte, antes do julgamento do crime, na aplicação da sanção disciplinar de expulsão. Anos depois, no julgamento pelo Júri, os jurados decidem afirmativamente pela materialidade e pela autoria, ou seja, os dois primeiros quesitos, entendendo, todavia, em terceira avaliação, que o réu deve ser absolvido. No entanto, aproveitando o exemplo de César Dario e de Eloísa Arruda, a defesa apresentou as teses de legítima defesa real, legítima defesa putativa, estado de necessidade e clemência, não sendo possível, pela nova sistemática aferir o fundamento da decisão. Terá esse militar ou não direito à reintegração nos termos do § 3º do art. 138 da Constituição do Estado de São Paulo, com as limitações trazidas pela doutrina e jurisprudência?

Curioso notar que, se o caso se referisse a uma decisão colegiada da Justiça Militar, como no caso de um homicídio doloso praticado de militar da ativa contra militar na mesma situação, onde o Conselho de Justiça, por diferentes fundamentos, decidiu pela absolvição, a solução seria clara e não parece poder fugir, como muito bem propôs Ronaldo Roth, da fundamentação mais favorável ao réu.

Nos termos consignados pelo citado autor:

A diversidade de causas absolutórias no julgamento colegiado castrense sempre determinará - com a explicitação de todos os fundamentos legais divergentes do artigo 439 do CPPM na sentença -, o aproveitamento do fundamento legal que for mais favorável ao réu, seja em caso de empate ou não, para fins de repercussão da decisão judicial transitada em julgado no cível ou perante a Administração Pública Militar¹⁷.

Frise-se que na Justiça Militar avalia-se a prova pelo livre convencimento motivado, de modo que cada integrante o Conselho de Justiça irá motivar sua decisão, o

¹⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas**. São Paulo: Millenium e Conceito Editorial, 2009, p. 117.

¹⁷ ROTH, Ronaldo João. **A diversidade de votos absolutórios no Conselho e Justiça**. Revista Direito Militar N° 76. Santa Catarina: AMAJME, 2009.

que não ocorre no Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, não sendo possível aplicar a mesma solução, já que não se conhecem os fundamentos da absolvição.

Resta, agora, buscar a solução para o problema acerca da vinculação ou não do ilícito disciplinar à sentença absolutória nos casos de absolvição no Tribunal do Júri de militar por crime que também configure transgressão no momento do terceiro quesito.

Algumas soluções, embora propostas, devem ser rechaçadas.

Em primeiro plano, seria possível sustentar que, por exemplo, um militar do Estado expulso, não poderia pleitear sua reintegração à instituição diante de uma sentença absolutória nas condições versadas, justamente pela falta de fundamentação. Mais ainda, a nova realidade levaria à proibição de a Administração Militar proceder a reintegração, por falta de amparo legal. Não parece, com a devida vênia, ser essa visão razoável, porquanto estar-se-ia negando argumento próprio do Direito Administrativo que, sob o escudo do princípio da autotutela, autoriza a própria Administração Pública a rever seus atos, buscando alinhá-los a princípios outros, como a proporcionalidade, a legalidade, a moralidade etc.

Em segunda linha, poderão alguns defender que o juiz, ao formular o terceiro quesito, deveria explorar as teses defensivas, de sorte a encontrar o fundamento da absolvição, e, em consequência, possibilitando que a esfera administrativa seja afetada pela sentença absolutória. Também não pode essa solução prosperar, pois não é essa a visão consignada pelo novel procedimento, que buscou simplificar a quesitação sob argumento compreensível pelo Conselho de Sentença, sem o preciosismo verificado em profundas teses defensivas.

Poder-se-ia ainda defender que nesses casos, diante de teses defensivas diversas e a absolvição no terceiro quesito sem indicação de uma delas, a Administração Militar estaria obrigada a acolher a tese defensiva mais favorável ao militar demitido ou expulso, isso com a necessidade de compulsar os autos e verificar os argumentos da defesa. Ilógica, para não dizer perigosa, essa visão, pois, sabedores dessa premissa, os defensores ao militarem no Tribunal do Júri, ainda que sem nenhum lastro, sempre alegariam a legítima defesa, por exemplo, para, em caso de absolvição, ainda que intimamente ligada à não convicção dos jurados pela suficiência das provas produzidas, alcançarem sucesso na via administrativa.

Rechaçadas as anteriores, a postura que parece mais adequada é torneada pela tão sustentada independência das esferas, podendo a Administração Militar, fundamentadamente, decidir pela manutenção da punição aplicada em face da absolvição ou, caso seja convencida de que o caso mereça revisão, realizar a reintegração do

demitido (ou expulso) ou a anulação a punição aplicada, entendendo, por exemplo, que, embora a sentença absolutória não tenha incursionado pela tese defensiva, a arguta peça produzida pelo defensor evidencia a legítima defesa e, em consequência, calcada no princípio da autotutela, a Administração Militar procederá a revisão e reforma do ato punitivo. Frise-se bem que o exemplo idealizado parte da pluralidade de teses defensivas, contudo, em havendo tese única, a legítima defesa, por exemplo, também não se conhecerá como fundamento de absolvição no terceiro quesito, reiterando-se a liberdade da Administração Militar para decidir o caso.

4. CONCLUSÃO

Por tudo o que foi aduzido, conclui-se que a inovação trazida ao procedimento do Tribunal do Júri, embora tenha o escopo de facilitar a participação popular simplificando a quesitação, teve como consequência reflexa a impossibilidade de se conhecer os fundamentos da absolvição na sentença, impedindo que a peça absolutória surta efeito favorável também na via administrativa nos casos de absolvição referente ao terceiro momento da quesitação ao Conselho de Sentença.

Nesse contexto, parece ser a única solução entender que nesses casos de absolvição, a Administração Militar estará livre para valorar as provas, sem se preocupar com os reflexos da sentença absolutória, devendo, diante da provocação por recurso ou remédio autônomo, a exemplo do exercício do direito de petição, compulsar as peças produzidas, para decidir. Nesse sentido, com o fito de litigar de forma plausível, o pedido de revisão da punição (por via recursal ou autônomo) deve ser instruído com as peças necessárias para a reavaliação da questão por parte da Administração Militar.

A conclusão acima, é preciso que se diga, não tem o escopo de engessar o entendimento, mas apenas de inaugurar um debate que se espera instalar, consignando-se um primeiro ponto de vista que carece, como todo raciocínio jurídico, de constantes “revisitações” que permitam, dia-a-dia, agregar novos conceitos e premissas, mais maturados com o passar dos estudos.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Eloísa de Souza; SILVA, César Dario Mariano da. **Questionário no julgamento pelo Júri**. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/art_juridicos2008.html>. Acesso em: 28 jun. 2009.

BONFIM, Edilson Mougenot; NETO, Domingos Parra. **O novo procedimento do júri**. São Paulo: Saraiva, 2009.

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo Constituinte, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BRASIL. Decreto Federal n. 4.346, de 26 de agosto de 2002. Institui o Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro (R-4). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 ago. 2002.
- _____. Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 out. 1969.
- _____. Decreto-lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 out. 1969.
- _____. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940.
- _____. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 1941.
- _____. Decreto-lei n. 667, de 2 de julho de 1969. Código Penal Militar. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 jul. 1969.
- _____. Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 10 jun. 2008.
- _____. Lei n. 9.299, de 7 de agosto de 1996. Altera dispositivos dos Decretos-leis nº s 1.001 e 1.002, de 21 de outubro de 1969, Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, respectivamente. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 8 ago. 1996.
- DEZEM, Guilherme Madeira; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Nova lei do procedimento do Júri comentada**. São Paulo: Millennium, 2009.
- DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas**. São Paulo: Millenium e Conceito Editorial, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Rogério Luís Marques de. Da prova indiciária no processo administrativo disciplinar militar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 331, 3 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5287>>. Acesso em: 27 set. 2009.
- NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Teoria geral do ilícito disciplina militar: um ensaio analítico**. Direito Penal e Processual Penal Militar. Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público, Teoria Geral do Ilícito Disciplina Militar: um Ensaio Analítico. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004, p. 189. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/publicacoes/caderno_8.pdf>.
- RONDÔNIA. **Decreto Estadual n. 13.255**, de 12 de novembro de 2007. Institui o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de Rondônia. Poder Executivo, Porto Velho, RO, 13 nov. 2007.
- ROTH, Ronaldo João. A diversidade de votos absolutórios no Conselho e Justiça. **Revista Direito Militar**, n. 76. Santa Catarina: AMAJME, 2009.
- SÃO PAULO. Constituição do Estado de São Paulo. Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo. **Diário Oficial do Estado**, Poder Legislativo, São Paulo, SP, 5 out. 1989.
- _____. Lei Complementar n. 893, de 09 de março de 2001. Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo. **Diário Oficial do Estado**, Poder Legislativo, São Paulo, SP, 10 mar. 2001.
- _____. Lei Complementar n. 915, de 22 de março de 2002. Altera o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo. **Diário Oficial do Estado**, Poder Legislativo, São Paulo, SP, 23 mar. 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. São Paulo: Saraiva, 2000.

Cícero Robson Coimbra Neves