

A INDEVIDA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NO PROCESSO PENAL PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR: *AMICUS CURIAE*, *INIMICUS REO*.¹ *

Jorge Cesar de Assis²

A AGU COMO *AMICUS CURIAE*, DE TODOS OS PROCESSOS PENAIS SOBRE DESERTORES

Notícia até certo ponto exultante, publicada no site da Advocacia-Geral da União em 02.04.2014, dava conta de que fora acatado o pedido da Advocacia-Geral da União, no Superior Tribunal Militar, para ingresso da União como *amicus curiae* em ações penais que analisam casos de deserção de militares. Os advogados da União objetivam a revisão da Súmula 12 do STM, para evitar que processos dessa natureza fossem arquivados após o licenciamento dos desertores³. Para a AGU tratou-se de uma importante vitória, uma vez que é escassa a doutrina sobre esse tema, e praticamente não há qualquer precedente jurisprudencial que trate do ingresso do *amicus curiae* em processo penal. A partir da admissão em aberto que foi, a AGU apresentará memoriais aos ministros do STM e fará sustentação oral quando for julgada a ação penal perante o Plenário do STM.

Necessário entretanto responder a três perguntas: afinal, quem é o *amicus curiae*; em quais processos tal figura pode ocorrer e; a AGU pode ocupar tal posição perante o Superior Tribunal Militar?

Em relação ao primeiro questionamento, iremos constatar que o *amicus curiae* (amigo da causa)⁴ equipara-se a uma espécie de intervenção de terceiros, na qual uma pessoa, entidade ou órgão com interesse em determinada questão jurídica intervém no

(*) artigo publicado na Revista Direito Militar 115, set/out 2015, pp. 25-29.

¹ *Inimicus*. **a** – **um**, **Adj.** I – **Sent. Próprio**: 1) Inimigo (particular), inimigo, hostil, contrário (Cic. Verr. 2, 149). II – **Sent. Poético**: 2) De inimigo (de guerra) (Verg. Em. 11, 809). III – **Sent. Figurado**: 3) funesto, contrário (Verg. En. 1, 123). **Como subs. M**: 4) o inimigo (Cic. Verr., 2, 181). **Como subs. F**: 5) A inimiga (Cic. Cael, 32) (**Dicionário latino – português, organizado por Ernesto Faria, 3ª ed., MEC, 1962**)

² Membro do Ministério Público da União. Promotor da Justiça Militar lotado em Santa Maria – RS. Sócio Fundador da Associação Internacional das Justiças Militares. Membro Correspondente da Academia Mineira de Direito Militar. Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá. Integra o Cadastro de Docentes da Escola Superior do Ministério Público da União. Integrante da Comissão do XI Concurso para ingresso no Ministério Público Militar, na condição de Examinador de Direito Penal e Direito Penal Militar.

³ Acredito que não era nem é necessário a alteração da Súmula 12 do STM, apenas a sua releitura, visto existir uma diferença entre condição de procedibilidade (o *status* de militar, necessário para o início do processo nos termos da lei) e condição de prosseguibilidade (o *status* de militar não é mais necessário para o prosseguimento do processo). Atualmente, o entendimento do STM está mudando, aceitando esta distinção, portanto, o processo daquele desertor que for excluído por algum motivo segue normalmente. Precedentes no STM: Ap. 0000106-39.2013.7.09.009/MS, julgado em 13.12.2014; HC 0000084-86.2015.7.00.0000/AM, julgado em 28.05.2015; Ap. 0000107.2011.7.05.0005/PR, julgado em 29.06.2015.

⁴ Trazido a lume ao direito pátrio pela **Lei 9.868/99** – processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

feito para servir como fonte de conhecimento em assuntos inusitados, complexos, inéditos, difíceis ou controversos, ampliando a discussão antes da decisão final. O amigo da causa presta informações sobre a matéria de direito objeto da controvérsia. Claro, a predita relevância deve alcançar interesses e direitos que transcendem os individuais.

Respondendo ao segundo questionamento, sabe-se que existe corrente a defender que a participação como *amicus curiae* não é um privilégio exclusivo das ações constitucionais, podendo ser admitido em qualquer tipo de processo, desde que a causa tenha relevância e a pessoa tenha capacidade de dar contribuição ao processo, somando-se o potencial da causa para a geração de efeito multiplicador.

Ouso discordar, antes de qualquer coisa tal amplitude de atuação carece de amparo legal. Aliás, a inusitada predisposição de se imiscuir no processo penal não é apanágio só da AGU, como se verá a seguir.

Notícia publicada no Consultor Jurídico em data de 14.12.2010, informava que a Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro (OAB-RJ, por intermédio de sua Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativa (CDAP), havia entrado com pedido para atuar como *amicus curiae* na Ação Penal em que três advogados eram acusados de participação nos ataques no Estado, ao final de novembro daquele ano⁵. Para a presidente da CDAP, “*tendo em vista que a matéria versada nos autos diz respeito às limitações de sigilo das comunicações entre advogados e seus constituintes (art. 7º, inciso III, da Lei 8.906/94), bem como a interpretação que se possa dar ao conteúdo de tais comunicações, é de suma importância o acompanhamento, pela Ordem dos Advogados do Brasil – seccional Rio de Janeiro, do presente feito*”, argumentou em sua petição.

Inadmitido na origem, a questão subiu ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ⁶), onde também **foi indeferida a pretensão por falta de amparo legal**. Do despacho do relator, colhe-se o seguinte excerto: (...) *de fato, a jurisprudência tem admitido sua participação em processos que versem sobre direitos difusos e coletivos. É cristalino que os interesses postos em jogo no presente feito (interesse de punir do Estado x interesse dos réus em sua absolvição) não ultrapassam a esfera dos interesses individuais e sequer afetam a entidade de classe da qual fazem parte. A relevância do caso restringe-se às partes diretamente interessadas e não tem qualquer influência sobre fatos ou direitos transindividuais. Admitir o que ora se pleiteia redundaria em subverter-se a ordem processual e violar-se as condições da ação no que toca à legitimidade das partes, posto que abrir-se-ia um precedente para que toda e qualquer entidade de classe participasse de qualquer processo criminal em que um de seus associados seja parte.* Seguem na decisão diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Voltando ao caso da admissão indevida da AGU como *amicus curiae* no STM, valem ainda as seguintes observações:

No caso da OAB-RJ, a pretendida e rechaçada intervenção processual tinha por ponto de apoio a alegada defesa de prerrogativas de advogados que estavam sendo

⁵ Segundo a notícia, o processo teria se iniciado na 1ª Vara Criminal de Bangu, e redistribuído à 4ª Vara da Capital.

⁶ TJRJ, Processo nº 0033025-23.2010.8.19.0204.

processados por associação ao tráfico de drogas, os réus estavam a toda evidência identificados. A relação processual era formada pela acusação (a cargo do Ministério Público) e eles os réus (assistidos por seus Defensores).

No caso da AGU, a autorização para atuar como *amicus curiae* é um cheque em branco mas devidamente assinado. Não há nenhum processo específico para atuar mas em todos eles, indistintamente!

Olvidou-se quando da aceitação dessa inusitada participação generalizada que o processo penal brasileiro tem contornos e limites constitucionais. **As partes no processo penal militar são o Ministério Público, seu assistente quando couber, o acusado e seu defensor (público ou constituído) e curador quando for o caso**, apenas estas!

Ademais, quando o Constituinte gravou no inciso LV, do art. 5º, que aos litigantes, em processo penal, e **aos acusados em geral** são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, indicou a intenção de que o Brasil tivesse um processo penal garantista. Assim, o contraditório e a ampla defesa são assegurados pelo próprio Estado igualmente **aos acusados que comprovarem insuficiência de recursos** (art. 5º, LXXIV), colocando desta forma a Defensoria Pública como uma das funções essenciais à Justiça (art. 134).

Em um Estado Democrático de Direito existe ampla defesa mas não existe ampla acusação, e dentre os limites que são impostos a esta última, pode-se citar o respeito à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI); a prescrição (Código Penal Militar, art. 123, IV); a proibição da *reformatio in pejus*, consistente na impossibilidade de se agravar a situação daquele que recorreu em razão do próprio recurso (Código de Processo Penal, art. 626, par. único; Código de Processo Penal Militar, art. 558, par. único); e o tão alentado princípio do *in dubio pro reo*.

Daí porque a aceitação da AGU como *amicus curiae* em sede de processo penal militar é indevida e desprovida de amparo legal. Sabe-se que o réu (principalmente o acusado do processo de deserção na Justiça Militar) é hipossuficiente para fazer frente ao Estado-Acusação, representado pelo Ministério Público. Por isso que elevou-se sua Defesa à nível de função essencial da Justiça. Para isso estão se estruturando tanto a Defensoria Pública da União como dos Estados e Distrito Federal.

Como aceitar-se então, que outra instituição, que defende os interesses da União **(e apenas dela)** pretenda agravar mais ainda a situação do acusado? Como admitir-se que o Poder Executivo queira ditar as regras do processo penal militar, questionando as manifestações judiciais e pretendendo quem sabe controlar ou substituir-se ao Ministério Público?

Pouco antes da inusitada autorização de ingresso da AGU como amiga da causa de todos os desertores, o Superior Tribunal Militar apreciando o MS 237-90.2013.7.00.0000-DF, ao decidir questão de ordem suscitada em Plenário consistente na intimação da Advocacia-Geral da União para atuar como litisconsorte rejeitou por maioria tal pretensão. Para a mais alta Corte Castrense – a meu sentir de forma acertada – **não se vislumbrou onde a atuação da AGU, como representante legal, fosse cabível**

na matéria penal apreciada, a exigir interesse de agir daquele órgão para que viesse ocupar posição nos autos.⁷

As partes legítimas do processo não podem contemporizar com tal situação. O Ministério Público Militar, na qualidade de Fiscal da Lei, tem o dever de preservá-la, intervindo sempre que ela for violada ou tangenciada. A Defensoria Pública, que tem a sagrada missão de defender os hipossuficientes não pode permitir que a União intervenha em prejuízo do réu, fazendo tábula rasa do princípio da paridade entre as partes que a ela não se aplica.

Por fim, ao questionamento de poder a AGU ocupar tal posição perante o Superior Tribunal Militar, a resposta somente pode ser negativa, sendo desnecessário tecer maiores considerações que as já registradas até agora.

A AMPLIAÇÃO DA INTROMISSÃO INDEVIDA NO PROCESSO PENAL MILITAR

Uma vez garantido o acesso ao processo penal, o amigo das causas dos desertores – fortalecido - resolveu trilhar novos caminhos neste vasto campo processual penal militar.

O Diário de Justiça eletrônico 131/2015, do Superior Tribunal Militar, publicado em 15 de julho do corrente, trouxe um despacho em sede de mandado de segurança⁸, no mínimo inusitado.

É que segundo a impetração, de autoria da Advocacia-Geral da União (AGU) um soldado do Exército fora flagrado em 05.03.2015, portando 0,3 decigramas da substância entorpecente conhecida como “maconha”.

Em 26 de março, a MM Juíza-Auditora Substituta da 1ª Auditoria da 1ª CJM, acolhendo o parecer do *Parquet* das Armas, determinou o arquivamento do feito, com fulcro no art. 397 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), determinando o encaminhamento de cópias à autoridade militar para, querendo, adotar as medidas disciplinares cabíveis.

Contra a medida de arquivamento, insurgiu-se a AGU, por meio do referido *writ*, alegando “*a desconformidade do ato impugnado com o ordenamento jurídico pátrio, sobretudo assentado no entendimento da vigência do art. 290 do Código Penal Militar (CPM), em razão do princípio da especialidade, pugnando pela concessão de liminar*”.

Prestadas as informações de praxe, o relator indeferiu a liminar pretendida, por não vislumbrar *o periculum in mora* em aguardar o desfecho do julgamento. Antes disso já tinha anotado não vislumbrar, igualmente, o *fumus boni iuris* para o desarquivamento

⁷ Relator Min. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, julgado em data de 18.02.2014.

⁸ STM, MS 135-97.2015.7.00.0000 / DF, rel. Min. Álvaro Luiz Pinto. Em 03.09.2015, por decisão monocrática, o relator não conheceu do writ, denegando a ordem pleiteada, pela ilegitimidade do Poder Executivo para intervir no processo penal.

do inquérito, já que transcorrido *in albis* o prazo para interposição de qualquer recurso e, em tese, a decisão favorável ao indiciado teria transitado em julgado.

De plano se pode afirmar que o referido mandado de segurança **sequer deveria ter sido recebido**, contrariando tal recebimento princípios basilares do Direito, e dentre eles o **do devido processo legal**, e lógico, as sempre tão lembradas **condições da ação, dentre as quais a legitimidade da parte, que não admite flexibilização**. Um simples perpassar de olhos no art. 5º, inciso LXIX, da Carta Magna assevera que “conceder-se-á mandado de segurança para **proteger direito líquido e certo**, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”⁹.

Ora, no processo penal militar as partes estão muito bem delimitadas: o Ministério Público, que é o órgão de acusação¹⁰; o assistente do Ministério Público (o ofendido, seu representante legal e seu sucessor)¹¹, e o acusado, seus defensores e curadores¹². **No Código de Processo Penal Militar não se vê referência alguma à Advocacia-Geral da União**, e nem poderia, porque esta instituição, ao que se sabe, representa a União, judicial e extrajudicialmente¹³.

A AGU é parte ilegítima para atuar em processo penal militar, sempre foi, sempre será.

Ainda que em exagerada tese se aceitasse a alegação da defesa de um direito líquido e certo a ser defendido (**claro, desde que pela parte legítima**), que direito, no caso concreto, seria esse? e, de quem? Ao que se sabe, alguma autoridade militar do Comando Militar do Leste teria solicitado providências à Procuradoria-Geral da União (PGU), insatisfeita com o arquivamento do já referido auto de prisão em flagrante. É o que foi dito na inicial.

Na análise dos argumentos lançados pela Advocacia-Geral da União, constante do parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, colhe-se a alegação de que *a autoridade militar teria "o direito líquido e certo em ver aplicada pelo poder Judiciário o disposto no art. 290 do Código Penal Militar" (fl. 5, sic). Nesse ponto, verifica-se haver flagrante descon sideração ao regramento constitucional de que o titular da ação penal militar é o Ministério Público (art. 129, I, da CRFB), de forma que a opinio delicti pertence ao órgão de acusação, e não à autoridade militar. De fato, a autoridade militar tem o direito de ver os inquéritos e autos de prisão em flagrante oriundos de investigações desenvolvidas pelas Forças Armadas apreciados pelo Ministério Público Militar e pela Justiça Militar da União. O que não é crível é que uma instituição como a AGU, voltada para a defesa dos interesse da União (apenas), atenda a reclamo de algum funcionário público (militar ou não), para que veja um cidadão (militar ou não), em substituição a*

⁹ Lei 12.016, de 07.08.2009, disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.

¹⁰ CPPM, art. 54.

¹¹ CPPM, art.60.

¹² CPPM, art. 69

¹³ CF, art. 131.

atividade constitucional exclusiva do Ministério Público (Militar ou não), processado e julgado pelo Poder Judiciário por ofensa criminal (militar ou não).

A bem da verdade, percebe-se que **a Advocacia-Geral da União pretendeu, isto sim, reexaminar o mérito, de uma decisão transitada em julgado**, decisão essa que obteve a manifestação do órgão constitucionalmente competente (o Ministério Público, que é o titular da ação penal), e recebeu um pronunciamento legítimo do Poder Judiciário. Nada mais ilegítimo e inaceitável do que a interferência do Poder Executivo sobre uma decisão judicial sobre a qual “a autoridade militar – **que a AGU não diz quem é** – concluiu não ser caso de arquivamento.

Em boa hora o ilustre relator do Mandado de Segurança, de forma monocrática pôs fim à pretensão. Em data de 03.09.2015, desfechou: “(...) no que se refere à admissibilidade do presente *mandamus*, importante trazer à colação o parecer subscrito pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral da Justiça Militar (...) o qual ratifico e adoto como razões de decidir (...) **É incontestável a ilegitimidade do Poder Executivo Federal para intervir no processo penal militar nos moldes buscados pelo impetrante (...) Por todas as razões expostas (...) pelo não conhecimento do writ, denegando-se a ordem pleiteada** (...) por absoluta ausência de ilegalidade a ser sanada. Por fim, deixa-se de citar a Defesa (...) haja vista o não conhecimento do presente mandado de segurança. Intime-se a impetrante e a douta PGJM”.

CONCLUSÃO

Com a máxima vênia, a decisão liberatória do STM, propiciando o ingresso amplo, geral e irrestrito da AGU em todos os processos de deserção no Tribunal não encontra amparo legal, muito menos fático, sendo até mesmo surpreendente que a Ministério Público Militar não tenha se oposto com mais veemência contra essa indevida e ilegal intromissão.

A questão, todavia, pode e deve ser revertida, eliminando-se, por descabida, essa atuação como *amicus curiae* da Advocacia-Geral da União em relação a todos os processos de deserção no STM.

A aceitação dessa participação indevida no Tribunal, propicia que o “amigo da causa” (que demonstra ser “inimigo do réu”) passe a imiscuir-se cada vez mais no processo penal militar, do que é exemplo indiscutível a inusitada impetração de mandado de segurança que pretendia desconstituir o trânsito em julgado de uma decisão judicial legítima.

À Defensoria Pública, como expressão e instrumento do regime democrático, não pode calar-se perante tal situação, se lhe cabe, fundamentalmente, a orientação jurídica, e a promoção dos direitos humanos, deve então exercitar a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, dentre eles, os jovens desertores das Forças Armadas.

Ao Ministério Público Militar, promotor exclusivo da ação penal militar, e a todo tempo Fiscal da Lei impõe vigiar, e corrigir de imediato o que for necessário, pela interposição dos recursos cabíveis, não permitindo que o processo penal seja desvirtuado.

*[...] Tu sabes,
conheces melhor do que eu
a velha história.
Na primeira noite eles se aproximam
e roubam uma flor
do nosso jardim.
E não dizemos nada.
Na Segunda noite, já não se escondem:
pisam as flores,
matam nosso cão,
e não dizemos nada.
Até que um dia,
o mais frágil deles
entra sozinho em nossa casa,
rouba-nos a luz, e,
conhecendo nosso medo,
arranca-nos a voz da garganta.
E já não podemos dizer nada [...]*¹⁴

¹⁴ Fragmentos do poema **No caminho com Maiakóvski**, de autoria do niteroiense Eduardo Alves da Costa, autor de um dos poemas mais famosos da literatura brasileira – mas que, por infelicidade, é muitas vezes atribuído a autores tão diversos quanto Maiakóvski, Borges, Jung e García Márquez.