

Justiça Militar em tempo de guerra

Cícero Robson Coimbra Neves

Promotor de Justiça Militar na Procuradoria de Justiça Militar de Santa Maria (RS). Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pelo Centro de Altos Estudos de Segurança da Polícia Militar do Estado de São Paulo

RESUMO: O presente trabalho presta-se a evidenciar os dispositivos legais afetos à justiça militar em tempo de guerra e o procedimento do processo correspondente aos crimes militares nesse mesmo período. Dessa maneira, a condição de partida é a vigência do estado de guerra e a prática de crime militar em tempo de guerra, havido no teatro de operações ou em território brasileiro militarmente ocupados por tropas brasileiras. A lógica que impulsiona o processo, nesse espaço temporal de exceção, é a concentração de atos processuais levando a um rito expedito, bem como a possibilidade de restrição de garantias constitucionais em virtude do período de anormalidade, a exemplo das poucas possibilidades recursais. Tem-se, ainda, que os órgãos que compõem o “jogo processual” funcionarão acompanhando o efetivo militar, de maneira que se inaugura uma nova estrutura prevista especificamente para esse período. A discussão do tema torna-se muito relevante até mesmo para, em tempos atuais, afastar a aplicação desses dispositivos em outras situações extraordinárias, mas que se limitam a conflitos ou cenários internos, a exemplo de grave perturbação da ordem que enseja medidas também excepcionais como a intervenção federal em Estado-Membro.

PALAVRAS-CHAVES: Processo Penal Militar. Tempo de Guerra. Organização da Justiça Militar.

ENGLISH

TITLE: Military justice in time of war.

ABSTRACT: The main goal of this work is to highlight the legal structure with respect to military justice, military crimes, and the process of prosecution during wartime. Accordingly, the starting point is the existence of a war and the occurrence of war crime during such a period. Such crimes can happen on the battlefield or specifically in a Brazilian territory occupied by Brazilian troops. The logic driving this process is the large number of judicial proceedings requiring an expedited time frame, as well as the possibility of restricted constitutional guarantees due to the unusual circumstances, such as limited possibilities for appeal. There exist several different departments of the government that engage in a sort of “procedural turf war”. The author proposes that these departments work together with the military to create new structures specifically designed to cope with wartime criminal offenses. The discussion of this topic is immediately relevant. The procedural structures proposed in this article have other potential uses outside of a war scenario, such as in the case of a severe breakdown of public order that requires federal intervention in a state.

KEYWORDS: Military criminal proceedings. Wartime. Military Justice organization.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Delimitação temporal e espacial para aplicação dos dispositivos – 3 Crime militar em tempo de guerra – 4 Organização da Justiça Militar em tempo de guerra – 5 Do processo (procedimento) penal militar em tempo de guerra – 6 Dos recursos – 7 Da execução da pena de morte – 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Há, evidentemente, pouco interesse doutrinário sobre a Justiça Militar em tempo de guerra, dada a feliz tradição pacífica de nosso País. Inexiste, ademais, construção jurisprudencial atual sobre o assunto, visto que o último conflito armado em que o Brasil tomou parte, a II Guerra Mundial, teve sua cessação em 1945, muito antes da entrada em vigor do atual Código de Processo Penal Militar, em 1º de janeiro de 1970.

De outro giro, há uma tendência evidente, em pronunciamentos inflamados, em aproximar a crise vivida na Segurança Pública de algumas Unidades da Federação a um estado de guerra o que, ao menos para a aplicação dos dispositivos processuais referentes ao tempo de guerra – não se discutindo certas similitudes em termos operacionais, táticos –, mostra-se equivocado.

O que se buscará neste raciocínio é tornar mais claras as previsões legais afetas ao tempo de guerra, por meio da análise dos dispositivos processuais sobre o assunto, tendo por parâmetro a Lei n. 8.457, de 4 de setembro de 1992, que trata da organização da Justiça Militar da União; o Código de Processo Penal Militar, especialmente os arts. 675 e seguintes; e o Código Penal Militar, este de maneira pontual, para respaldar explicações e conclusões.

2 DELIMITAÇÃO TEMPORAL E ESPACIAL PARA APLICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS

Obviamente, ao tratar de uma Justiça Militar em tempo de guerra, está-se diante de uma realidade que afeta a República Federativa do Brasil, a União, não como ente federativo, mas como reunião desses entes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), de maneira que a referência espacial é uma Justiça Militar em âmbito federal, mas não como guardião de

bens jurídicos afetos à União (ente federativo) como o é a Justiça Militar da União, e sim uma Justiça Militar brasileira em tempo de guerra¹.

Destarte, embora os dispositivos a serem estudados refram-se à estruturação de uma Justiça e de um processo com efeitos internos para seus jurisdicionados, é fato que a constituição de uma Justiça Militar em tempo de guerra espraia seus efeitos a representar a União Federal, no plano internacional, como marco de soberania. À guisa de exemplo, será ela, a Justiça Militar em tempo de guerra, certamente, o parâmetro para se aferir a competência complementar à do Brasil pelo Tribunal Penal Internacional (art. 17 do Estatuto de Roma²).

Não há previsão de Justiça Militar estadual em tempo de guerra, mesmo porque eventuais crimes militares em tempo de guerra serão

¹ Para melhor compreender a dualidade da União (União Federal e ente federativo), vide LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1104.

² “Artigo 17: Questões Relativas à Admissibilidade [...]”.

2. A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias:

a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5º;

b) Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça;

c) O processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça;

3. A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo”.

cometidos no seio de contingente específico, federal, ainda que existam alguns militares dos Estados, eventualmente adstritos às tropas no *front*.

Em adição, a existência de uma Justiça Militar brasileira em tempo de guerra não anula – ao menos não há previsão legal nesse sentido – a estrutura regular das Justiças Militares, seja da União ou dos Estados, que continuarão com sua estrutura e competência.

Melhor explicando, a previsão estrutural da Justiça Militar brasileira em tempo de guerra pressupõe que o crime tenha sido praticado em teatro de operações militares – que, “visto de uma forma simplificada, é a região, podendo ser país ou continente, onde ocorrem os empregos tático e estratégico de equipamento e pessoal militar”³ – ou em território estrangeiro, militarmente ocupados por forças brasileiras, assim como tem por realidade que essa Justiça Militar acompanhará as tropas do Brasil⁴.

É dizer que os crimes militares praticados no Brasil – desde que o teatro de operações não coincida com o território brasileiro –, serão de competência das estruturas regulares de Justiça Militar no País⁵.

Exemplificativamente, caso um militar federal pratique o crime de deserção em um quartel sediado em Santa Maria/RS, e ali não seja teatro de operações ocupado por tropas brasileiras, o seu processo e julgamento será pela 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, presumivelmente intacta em sua estrutura e competência. É possível, entretanto a aplicação do art. 391 do CPM, como deserção em tempo de guerra, mas apenas se afetar

³ SILVA, Gualterberg Nogueira de Lima. Do processo penal na Justiça Militar em tempo de guerra. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 41, 2003.

⁴ Item 25 da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal Militar.

⁵ Afirma Jorge Cesar de Assis, por exemplo, que o “Superior Tribunal Militar, como instância máxima da Justiça Militar, manter-se-á inalterado, e seus membros, em princípio, não seguirão com as forças militares para o Teatro de Operações [...]. ASSIS, Jorge César. *Comissionamento em postos militares, de juizes-auditores, membros do ministério público militar e da defensoria pública da união, por ocasião do tempo de guerra*. Disponível em file:///C:/Users/rcoim/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/9X39QYL6/comissionamento-em-postos-militares_atualizado.pdf. Acesso em: 13 fev. 2018.

a segurança do País e se for relacionado com a própria guerra⁶; do contrário, ele deverá responder pelo crime militar em tempo de paz, conforme o art. 187 do CPM. Por outro lado, se o mesmo crime for praticado por integrante das tropas combatentes, em território nacional, teatro das operações ocupado por tropas brasileiras, ou em território estrangeiro ocupado por tropas brasileiras, o crime será processado e julgado pela estrutura judiciária em tempo de guerra.

Também há a presunção de que o ordenamento jurídico pátrio estará hígido, com suas regras bem delineadas e dotadas de eficácia ou, do contrário, se houver a falência do ordenamento, não há sentido em estudar normas legais de aplicação para essa situação. Nesse contexto, há de se considerar a necessidade de observância das normas constitucionais, admitindo-se exceções apenas no que a própria Constituição Federal assim permitir.

A mais evidente exceção constitucional está na decretação pelo presidente da República – frise-se que a Constituição Federal diz que o presidente da República “pode” e não “deve” decretar – do estado de sítio, em função da declaração de estado de guerra ou de agressão estrangeira (art. 137, II, CF), o que importará em restrições peculiares a essa condição. Trata-se do estado de sítio defensivo, que tem por pressuposto a declaração de guerra ou a agressão estrangeira armada; e no qual toda e qualquer garantia constitucional poderá ser suspensa pelo período em que durar a situação excepcional⁷. Frise-se, entretanto, que para que isso ocorra é necessário a observância de alguns postulados, a saber:

- a) tenham sido observados os princípios da necessidade e da temporariedade (enquanto durar a guerra ou a resposta a agressão armada estrangeira);
- b) tenha havido prévia autorização por parte do Congresso Nacional;

⁶ Cf. ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 35.

⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1236.

c) nos termos do art. 138, *caput*, tenham sido indicadas no decreto do estado de sítio a sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas⁸.

Não há, assim, um “cheque em branco” nas mãos do presidente da República, sujeito que está a um controle político, prévio, concomitante e posterior, pelo Congresso Nacional, além, claro, de um controle jurisdicional, imediato, concomitante e sucessivo⁹.

A próxima premissa está na natureza do conflito em que se poderá lançar mão das normas em tempo de guerra. Refere-se, obviamente, de guerra externa, e não de comoção intestina; guerra civil; intervenção federal por grave perturbação da ordem pública etc. Exclui-se, portanto, diga-se vez por todas, o período vivido atualmente no Estado do Rio de Janeiro, sob intervenção federal na segurança pública, diante da edição do Decreto Federal n. 9.288, de 16 de fevereiro de 2018.

Não se olvide, entretanto, como dado histórico, que lei castrense em tempo de guerra já foi aplicada em conflito interno, especificamente por determinação de Getúlio Vargas, então Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, que o fez pelo Decreto n. 21.886, de 29 de setembro de 1932, instrumento que: determinava a aplicação, no então estado de comoção intestina, de dispositivos do Código de Justiça Militar, aprovado pelo Decreto n. 17.231, de 26 de fevereiro de 1926; e infligia as penas da legislação em tempo de guerra, com a exceção da pena de morte, que seria convertida em prisão com trabalho por 30 anos¹⁰.

⁸ Cf. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1104.

⁹ Idem. *Ibidem*.

¹⁰ MONTEIRO, Silvestre Péricles de Góes. *Justiça Militar em tempo de guerra*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1935, p. 29.

3 CRIME MILITAR EM TEMPO DE GUERRA

Além da delimitação temporal e da espacial para a aplicação dos dispositivos, deve-se compreender o fato julgado pela Justiça Militar nesse período, o crime militar em tempo de guerra, que, para ser identificado, conta com a tipicidade indireta do art. 10 do Código Penal Militar.

Antes de abordar o referido artigo, porém, convém compreender o que se entende por tempo de guerra. Essa compreensão deve partir da interpretação autêntica contextual trazida pelo art. 15 do Código Penal Militar:

O tempo de guerra, para os efeitos da aplicação da lei penal militar, começa com a declaração ou o reconhecimento do estado de guerra, ou com o decreto de mobilização se nele estiver compreendido aquele reconhecimento; e termina quando ordenada a cessação das hostilidades.

Percebe-se que a declaração de guerra, que basta ser unilateral por parte do Brasil, é apta a inaugurar o tempo de guerra, mesmo que não tenha havido ainda a prática de ato hostil, que poderá vir *a posteriori* ou nem ocorrer, como em caso de celebração da paz logo em seguida à declaração, em que basta o *animus bellandi*¹¹. Essa declaração, deve-se alertar, exige ato formal do Chefe Supremo da Nação, o presidente da República, com o respaldo do Congresso Nacional, que autorize ou referende esses atos, nos termos do inciso II do art. 49 e do inciso XIX do art. 84, todos da Constituição Federal.

Mas não é apenas a declaração formal que permite o reconhecimento do tempo de guerra. Na letra do art. 15 do CPM, ele também estará presente com o reconhecimento do estado de guerra que se caracterizar também pelo ato de mobilização do contingente ou mesmo na pura prática de atos de

¹¹ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 33.

guerra, compreendido como a prática de ato de violência “deliberadamente usados por um Estado, por meio de sua força armada, contra outro Estado. [...]”¹². Frise-se, novamente, que o conflito será de um país contra outro estado nacional e não no conflito intestino.

Especificamente no caso do Brasil, o ato de violência praticado pelo País deve sempre ser em repulsa à agressão estrangeira, diante da obrigatoriedade constitucional de defesa da paz e de solução pacífica dos conflitos, princípios republicanos que regem as relações internacionais (art. 5º, VI e VII, CF); assim como em razão de a previsão de declaração de guerra pelo presidente da República, no inciso XIX do art. 84 da CF, referir-se unicamente à agressão estrangeira.

Portanto, os preceitos excepcionais do Código Penal Militar relativos à guerra – e, por consequência, do processo penal militar em tempo de guerra – somente possuirão eficácia em caso de guerra externa, excluindo-se, a princípio, a guerra civil, a comoção intestina etc., ao menos em relação a uma compreensão atual. Adicionalmente, é possível estar em estado de guerra sem que nenhum ato de força ou violência tenha sido realizado, basta que tenha havido a declaração formal do conflito ou a mobilização das tropas.

A aplicação do Direito Penal Militar em tempo de guerra cessará com o fim do estado de guerra – resguardada a ultratividade da lei penal militar nesse período como lei excepcional –, que poderá se dar com a formal celebração de paz, nos termos exigidos pela Constituição Federal (inciso II do art. 49 e do inciso XX do art. 84), mas também no campo de batalha, no teatro de operações, com uma antecipação dessa celebração, pela cessação das hostilidades, materializada pela transmissão através da cadeia de comando, de ordem nesse sentido, o que pode resultar de várias situações, como a devastação completa do país inimigo (*debellatio*), o armistício (acordo preliminar à celebração de paz) ou qualquer outra forma que redunde na obstrução das hostilidades¹³.

¹² CINELLI, Carlos Frederico. *Direito internacional humanitário*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 34-35.

¹³ Idem, *ibidem*, p. 34-35.

Pois bem, vigente o estado de guerra, haverá o pressuposto para a aplicação dos dispositivos legais afetos a esse período, inaugurando-se a eficácia não só do Livro II da Parte Especial (“Dos crimes militares em tempo de guerra”), mas também de alguns dispositivos da Parte Geral, como os arts. 18, 20 e o art. 10 do CPM. Claro, está aí, também, o pressuposto para a aplicação das disposições processuais e de organização judiciária militar em tempo de guerra.

Feitas as considerações necessárias sobre o estado de guerra, deve-se tornar os crimes militares nesse período, o que se faz especialmente pelo estudo do art. 10 do CPM, que dá a tipicidade indireta dos crimes militares em tempo de guerra. Dispõe o artigo:

Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra:

I – os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;

II – os crimes militares previstos para o tempo de paz;

III – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente:

a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado;

b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo;

IV – os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado.

É fácil notar que o artigo em relevo possui quatro possibilidades para o delito militar em tempo de guerra.

Inicialmente, aqueles especificamente idealizados para esses tempos, trazidos pelo Livro II da Parte Especial do CPM, compreendendo os arts.

355 a 408. São delitos que possuem rigidez maior, por comprometer a segurança externa do País, ou atentar contra o azeitado funcionamento das instituições envolvidas na guerra, em um período tão crítico. As penas, por exemplo, são maiores, conhecendo-se até mesmo a mencionada pena capital. Entre esses crimes, existem aqueles que são tipificados em tempo de paz e de guerra, como o já conhecido crime de deserção (art. 187 em tempo de paz e art. 391, em tempo de guerra, ambos do CPM); e aqueles apenas tipificados em tempo de guerra, como a cobardia, traduzida pelo ato de “subtrair-se ou tentar subtrair-se o militar, por temor, em presença do inimigo, ao cumprimento do dever militar” (art. 363 do CPM).

Também serão considerados crimes militares em tempo de guerra aqueles previstos no inciso I do art. 9º do CPM, ou seja, os delitos militares em tempo de paz que possuam capitulação somente no Código Castrense, ou que neste estejam descritos de forma diversa da legislação penal comum. Obviamente, se o delito estiver capitulado no Livro II (que trata dos crimes militares em tempo de guerra), como o é a deserção, capitulada nos arts. 187 e 391 do CPM, prevalecerá a previsão específica para o tempo de guerra, ou seja, o art. 391 do CPM. Portanto, essa previsão restringe-se somente aos crimes que estejam no Livro I, como o furto de uso, previsto no art. 241 do mesmo Códex. A consequência para o crime em tempo de paz transmutado para crime em tempo de guerra é o acréscimo de um terço na pena.

Na sequência, também serão crimes militares em tempo de guerra os previstos no inciso II do art. 9º – na redação anterior à Lei n. 13.491/17¹⁴, que não alterou o art. 10 do CPM –, desde que praticados em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado, ou em qualquer lugar, desde que comprometam ou possam comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentem contra a

¹⁴ Pendem no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.804, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil; e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.901, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

segurança externa do País ou possam expô-la a perigo. Também aqui há que fazer a ressalva de que, se o crime estiver no Livro II, prevalecerá esta tipificação e não aquela (ex.: homicídio simples, previsto no art. 205 e no art. 400, prevalecendo este e não aquele). Como exemplo poderíamos citar o crime de peculato (art. 303 do CPM). Note-se que primeiro o intérprete deverá encontrar a perfeita tipicidade para só então aplicar o inciso III do art. 10; em outras palavras, deve primeiro subsumir o fato analisado à descrição típica da Parte Especial (Livro I) e da Parte Geral (alíneas do inciso II do art. 9º), para só depois considerar o delito como em tempo de guerra. A consequência dessa transmutação será também a majoração de pena do art. 20 do CPM (“Aos crimes praticados em tempo de guerra, salvo disposição especial, aplicam-se as penas cominadas para o tempo de paz, com o aumento de um terço”).

Por derradeiro, o inciso IV do artigo em apreço traz uma abrangência significativa na transformação de qualquer crime em delito militar em tempo de guerra. Todo e qualquer delito não previsto no Código Castrense, seja ele previsto no Código Penal comum, seja em legislação extravagante, poderá ser transnaturado para um delito militar em tempo de guerra, desde que seja perpetrado “em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado”. Como exemplos dessa possibilidade, Romeiro aponta os crimes de moeda falsa (arts. 289 a 392 do CP)¹⁵. Aqui também se terá por consequência, além do julgamento pela Justiça Militar (o crime era comum, mas passou a ser militar), a majoração trazida pelo art. 20 do CPM. Essa amplitude se assemelha à redação do inciso II do art. 9º do CPM, de acordo com a Lei n. 13.491/17.

Deve-se ter em foco, para evitar abrangência desnecessária, que o espírito da lei penal castrense em tempo de guerra orienta no sentido de que somente ocorra a cominação das penas aos crimes militares, nesse período de exceção, nos casos em que o fato for praticado onde esteja

¹⁵ ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 87.

ocorrendo a guerra; em qualquer lugar, somente se afetar a segurança do País e se forem relacionados com a própria guerra¹⁶.

Torneado o pressuposto para a aplicação dos dispositivos processuais em tempo de guerra – a ocorrência de crime militar em tempo de guerra –, impõe-se conhecer um pouco mais da organização da Justiça Militar e do processo penal militar nesse período de exceção.

4 ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR EM TEMPO DE GUERRA

Resgate-se que, por se tratar de uma Justiça Militar brasileira em tempo de guerra, a norma que dará a organização dessa Justiça é a norma federal, atualmente a mesma que dispõe sobre a organização da Justiça Militar da União, a já citada Lei n. 8.457/92, com alguma colaboração do CPPM.

Pelo art. 89 dessa Lei, vigendo o estado de guerra, a Justiça Militar será composta por três órgãos de julgamento: os Conselhos Superiores de Justiça Militar, os Conselhos de Justiça Militar e os Juízes-Auditores.

Esses órgãos terão competência para processar e julgar os crimes militares praticados em teatro de operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupados por forças brasileiras, ressalvado o disposto em tratados e convenções internacionais. Essa previsão, constante do art. 90 da lei em comento, reafirme-se, pressupõe que, se um crime militar, mesmo em tempo de guerra, for praticado fora dessas condições, haverá submissão do processo à organização regular da Justiça Militar da União ou, em se tratando de crime militar estadual, da Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal.

Ressalvam-se, como ocorre em todo o CPPM, os casos dispostos de maneira diversa em tratados e convenções internacionais aplicáveis à ocasião.

O parágrafo único do art. 90 esclarece que o agente é considerado em operações militares desde o momento de seu deslocamento para o teatro de operações ou para o território estrangeiro ocupado. Esse dispositivo não

¹⁶ Cf. ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 35.

traz grande influência no disposto no *caput*, pois o que importa é o teatro de operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado por forças brasileiras, mas não a condição de o agente estar ou não em operações militares.

O Conselho Superior de Justiça Militar – que, presume-se pela lei, pode ser mais de um, a depender da quantidade de teatros de operações – é o órgão recursal, de segunda instância, possuindo também competência originária para processar e julgar os oficiais-generais. É composto por dois oficiais-generais, de carreira ou da reserva que serão convocados; e um Juiz-Auditor – não poderá ser Juiz-Auditor Substituto –, nomeados pelo presidente da República. A Presidência do Conselho Superior de Justiça Militar é exercida pelo juiz de posto mais elevado, ou pelo mais antigo, em caso de igualdade de postos (art. 91 e seu p. u.).

Curioso que constam na lei oficiais-generais de carreira ou convocados da Reserva, talvez realizando que em guerra possa existir caso de comissionamento no generalato. Assim, esses oficiais-generais poderão estar no serviço ativo ou na Reserva (remunerada), quando serão convocados para desempenhar a função no Conselho Superior de Justiça Militar.

O Ministério Público e a Defensoria também participarão dessa estrutura, já que o art. 92 da Lei n. 8.457/92 dispõe que junto a cada Conselho Superior de Justiça Militar funcionarão um Procurador e um Defensor Público, nomeados pelo Presidente da República, dentre os Membros do Ministério Público da União que atuam na Justiça Militar e da Defensoria Pública da União, respectivamente.

No que se refere ao Ministério Público, a nomeação poderá recair sobre Membro da Instituição, Promotor, Procurador ou Subprocurador-Geral, embora a lei use a palavra “Procurador”, posto ser esta a designação antiga, antes da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993.

Hoje há uma nova estrutura, trazida pela Lei Complementar n. 75/93, posterior à Lei n. 8.457/92, em que se tem que o Ministério Público Militar integra o Ministério Público da União, nos termos do art. 24

dessa Lei Complementar. Assim, embora se refira a “Procurador”, repita-se, o dispositivo ignorava a atual estrutura, que se inaugura com o cargo de Promotor de justiça militar (art. 274 da Lei Complementar n. 75/93), sequencialmente alcançando o cargo de Procurador e Subprocurador-Geral. Promotores e Procuradores atuam em primeiro grau, enquanto a atuação em segundo grau, no Superior Tribunal Militar, é feita pelos Subprocuradores-Gerais.

Entretanto, a Lei Complementar n. 75/93 não traz dispositivos em tempo de guerra, o que permite dizer que não há a necessidade de seguir sua lógica – em que, em segunda instância, no Superior Tribunal Militar, oficiam apenas Subprocuradores-Gerais –, para a atuação no Conselho Superior de Justiça Militar.

Ademais, se a nomeação do presidente da República recairá, no caso do órgão julgador em comento – Conselho Superior de Justiça Militar – sobre um Juiz-Auditor e não sobre Ministro do Superior Tribunal Militar, não há razão, diante da paridade das carreiras, para se exigir um Membro que officie em segundo grau na estrutura regular – Subprocurador-Geral de Justiça Militar – para officiar perante esse órgão jurisdicional em tempo de guerra.

Em sentido diverso, entendendo que o Membro que officie em segundo grau na estrutura regular deva ser o nomeado para officiar no Conselho Superior de Justiça Militar, está Jorge César de Assis, na seguinte conformação:

Em relação ao Ministério Público Militar e à Defensoria Pública da União, nem a lei de organização da justiça militar, nem seu projeto de alteração, fazem qualquer distinção entre os cargos de seus Membros que irão atuar junto a cada Conselho. Por uma questão lógica, decorre o entendimento de que nas Auditorias, funcionarão os Membros de primeiro grau da carreira, e no Conselho Superior de Justiça Militar, os do segundo grau. Idêntico raciocínio se fará para a Defensoria Pública¹⁷.

¹⁷ ASSIS, Jorge César. *Comissionamento em postos militares, de juízes-audidores*,

A mesma lógica deve impulsionar a escolha dos Defensores Públicos da União, cuja carreira, pelo art. 19 da Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, está escalonada em Defensor Público Federal de 2ª Categoria (inicial), Defensor Público Federal de 1ª Categoria (intermediária) e Defensor Público Federal de Categoria Especial (final). Não há a necessidade de que um Defensor Público de Categoria Especial seja nomeado para atuar perante o Conselho Superior de Justiça Militar.

A nomeação pelo presidente da República, entretanto, deve recair sobre integrante das carreiras, não mais sendo possível a nomeação de pessoas e até militares para essa função, em homenagem à atual estrutura constitucional para os cargos públicos respectivos.

Pelo art. 710 do CPPM, os Juízes-Auditores, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos e Escrivães da Justiça Militar que acompanharem as forças em operação de guerra serão comissionados em postos militares, de acordo com as respectivas categorias funcionais.

Não há regra clara para o comissionamento em postos militares nessas situações, o que vai depender do ato específico, no momento da nomeação. Mas, com muita propriedade, sustenta Jorge César de Assis que o comissionamento deve observar uma regra hierárquica em relação aos possíveis jurisdicionados. Assim, como o Conselho Superior de Justiça Militar é competente para processar e julgar oficiais-generais, o comissionamento do Juiz-Auditor, do Membro do Ministério Público e do Defensor Público deverá ser no posto de general-de-exército. Outra regra muito bem cunhada pelo autor neste tema – que, aliás, entende que os nomeados possuem a obrigação de aceitar a nomeação, como um dever para com a Pátria, sem que isso signifique lesão à garantia da inamovibilidade

membros do ministério público militar e da defensoria pública da união, por ocasião do tempo de guerra. Disponível em file:///C:/Users/rcoim/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/9X39QYL6/comissionamento-em-postos-militares_atualizado.pdf. Acesso em: 13 fev. 2018.

– é a de que, embora a função de nomear seja do presidente da República, deve haver uma indicação da Instituição respectiva¹⁸.

A disciplina sobre os nomeados pode chegar a outros detalhes, como lembra Edgard de Brito Chaves Júnior ao expor que o Aviso n. 1.649, de 21 de junho de 1944, do então ministro da guerra, General Eurico Gaspar Dutra, estabelecia que o “pessoal da Justiça Militar em serviço na Força Expedicionária Brasileira deveria usar os mesmos uniformes da Força, com o distintivo de uma balança, tendo por fiel uma espada”¹⁹.

Para o funcionamento da secretaria do Conselho Superior de Justiça Militar, seu presidente requisitará o efetivo necessário ao Ministro da Defesa. É expresso na lei Ministro Militar, contudo, pela Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999, os Ministérios Militares foram unificados, criando-se o Ministério da Defesa, cujo Ministro passou a ter as atribuições outrora afetas aos Ministros das Forças, nesse nível. Hoje há Comandantes das Forças e não mais Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Um destes será designado Secretário pelo Presidente do Conselho Superior de Justiça Militar e desempenhará também a função de escrivão nos processos (art. 692 do CPPM).

A competência do Conselho Superior de Justiça Militar está grafada no art. 95 da Lei n. 8.457/92, a saber, processar e julgar originariamente os oficiais-generais; julgar as apelações interpostas das sentenças proferidas pelos Conselhos de Justiça e Juízes-Auditores; e julgar os embargos opostos às decisões proferidas nos processos de sua competência originária.

¹⁸ ASSIS, Jorge César. *Comissionamento em postos militares, de juízes-auditores, membros do ministério público militar e da defensoria pública da união, por ocasião do tempo de guerra*. Disponível em file:///C:/Users/rcoim/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/9X39QYL6/comissionamento-em-postos-militares_atualizado.pdf. Acesso em: 13 fev. 2018.

¹⁹ CHAVES JUNIOR, Edgard de Brito. A Justiça Militar brasileira na guerra – segunda parte. *Revista de Estudos & Informações: Justiça Militar do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 25, jul. 2009. Disponível em: file:///C:/Users/rcoim/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/ZJ21V2JW/rei_n_25_web.pdf. Acesso em: 16 fev. 2018.

Exclui-se dessa competência, como já mencionados, o crime militar praticado pelo comandante do teatro de operações, que responderá a processo perante o Superior Tribunal Militar, condicionada a instauração da ação penal à requisição do Presidente da República, uma condição específica da ação penal militar.

Pondera Ricardo Vergueiro que se deve acrescentar a essa competência o processo e julgamento para a perda de posto e patente dos oficiais, por indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato, nos termos do inciso VI do § 3º do art. 142 da Constituição Federal. Ensina o autor:

[...]. Ora, não temos dúvida, em tempo de paz, tal julgamento caberá ao Superior Tribunal Militar. Agora, em tempo de guerra, tal atribuição será do Conselho Superior de Justiça Militar, que, portanto, além das tarefas descritas no art. 95 da Lei nº 8.457/92, terá também competência para decidir acerca da perda do posto e respectiva patente do oficial militar²⁰.

Acertada a observação, porém com a ressalva de que o Superior Tribunal Militar, em tempo de guerra, não será extinto, de maneira que a perda de posto e patente dos oficiais, mesmo nesse período de exceção, cujos atos mercedores da indignidade não tenham sido praticados no teatro das operações ou em território nacional, ocupados por tropas brasileiras, deve ser apreciada por esse Tribunal. Reservam-se ao Conselho Superior de Justiça Militar aqueles casos, praticados no teatro das operações ou em território nacional, ocupados por tropas brasileiras que mereçam de maneira urgente a decisão sobre a perda de posto e de patente.

Visto o órgão de segundo grau, deve-se conhecer os de primeiro grau: o Conselho de Justiça Militar e o Juiz-Auditor.

O Conselho de Justiça Militar será composto por um Juiz-Auditor ou Juiz-Auditor Substituto e dois oficiais de posto superior ou igual ao

²⁰ FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. Da Justiça Militar em tempo de guerra. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 48, 2004.

do acusado, observada, na última hipótese, a antiguidade de posto e, sempre que possível, integrantes da mesma Força que o réu (art. 93). Há a possibilidade, portanto, em tempo de guerra, de o acusado ser julgado por oficiais de Força Armada diversa da sua, uma exceção ao princípio *pares paribus indicantur*, não existente em tempo de paz em primeira instância²¹.

Pelo art. 685 do CPPM, a nomeação dos juízes do Conselho constará dos autos do processo, por certidão, prestarão eles o compromisso, qual ocorre em tempo de paz (art. 684, p. u., cc art. 400, ambos do CPPM).

Haverá a constituição de um Conselho de Justiça Militar para cada processo, como ocorre com o Conselho Especial de Justiça em tempo de paz, e será dissolvido após o término do julgamento. A presidência será exercida pelo juiz de posto mais elevado, ou pelo mais antigo em caso de igualdade de postos.

A ele, Conselho de Justiça Militar, competirá julgar os oficiais até o posto de coronel, inclusive, bem como decidir sobre arquivamento de inquérito e instauração de processo, nos casos de violência praticada contra inferior para compeli-lo ao cumprimento do dever legal, ou em repulsa a agressão (art. 96)²². Claro, em função de ser o Ministério Público o titular da ação penal, nos termos do inciso I do art. 129 da Constituição Federal – que não conhece restrição na própria Constituição para o tempo de guerra, salvo na hipótese já aventada de decretação de estado de sítio que expressamente mude essa garantia constitucional da instituição e do próprio acusado – o arquivamento de inquérito ou a instauração de processo aqui tratados devem conhecer prévia denúncia ou promoção de arquivamento pelo Membro do Parquet nomeado.

No teatro de operações, serão instaladas as Auditorias, tantas quantas forem necessárias (art. 94). A Auditoria, pela lei em foco, é composta

²¹ Cf. MIGUEL, Claudio Amin; COLDIBELLI, Nelson. *Elementos de direito processual penal militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 220.

²² Observe-se com Ricardo vergueiro que quando o ato for praticado por praça, a competência será do Juiz-Auditor. FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. Da Justiça Militar em tempo de guerra. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 48, 2004.

de um Juiz-Auditor, um Membro do Ministério Público, um Defensor Público, um Secretário e auxiliares necessários (nos dois últimos casos com a possibilidade de as funções serem exercidas por praças graduadas). Um desses auxiliares, exercerá, por designação do Juiz-Auditor, a função de oficial de justiça, devendo ser praça graduada (art. 692 do CPPM). O comissionamento do Juiz-Auditor, do Membro do Ministério Público e do Defensor Público, neste caso, conforme a regra já mencionada por Jorge César de Assis, deve ser minimamente no posto de coronel, equiparando-se à possibilidade máxima de posto do jurisdicionado.

Por derradeiro, como último órgão dessa estrutura, há o Juiz-Auditor, a quem compete, monocraticamente, presidir a instrução criminal dos processos em que forem réus praças, civis ou oficiais até o posto de capitão-de-mar-e-guerra ou coronel, inclusive – note-se, não é julgar neste último caso, mas apenas presidir a instrução criminal, visto que o julgamento de oficiais será pelo Conselho de Justiça Militar –, e julgar as praças e os civis. Infere-se, ainda, que a decisão de arquivamento de inquérito policial militar ou do recebimento da denúncia com a instauração do processo competirá ao Juiz-Auditor, salvo nos casos de violência praticada por oficiais contra inferior para compeli-lo ao cumprimento do dever legal, ou em repulsa a agressão, quando a competência será do Conselho de Justiça Militar.

Os mesmos Juiz-Auditor, Membro do Ministério Público e o Defensor que atuarem no Conselho de Justiça Militar atuarão nos casos de juízo monocrático, na mesma Auditoria.

5 DO PROCESSO (PROCEDIMENTO) PENAL MILITAR EM TEMPO DE GUERRA

A partir do art. 675, o Código de Processo Penal Militar traz algumas disposições sobre a Justiça Militar em tempo de guerra, inaugurando com dispositivos que regram o processo. Tratam-se de normas especiais, na ausência das quais será possível a aplicação das regras regulares do processo penal em tempo de paz. Exemplificando, o número de testemunhas no

processo penal militar em tempo de guerra é de 2 a 4 pessoas e não se aplica a regra geral da alínea “h” do art. 77 do CPPM, com até 6 testemunhas. Por outro lado, menciona-se o compromisso dos integrantes do Conselho de Justiça Militar, sem que se dê sua forma, sendo perfeitamente possível a aplicação do art. 400 do CPPM, vigente no processo penal militar em tempo de paz.

A primeira disposição é sobre procedimentos de polícia judiciária militar.

Na Justiça Militar em tempo de guerra, os autos do inquérito, do flagrante, ou documentos relativos ao crime serão remetidos à Auditoria pela autoridade militar competente. Trata-se, aqui, da Auditoria de que dispõem o art. 94 da Lei n. 8.457/92, acima esmiuçado.

O prazo para a conclusão do inquérito policial militar é de 5 dias, podendo, por motivo excepcional, ser prorrogado por mais 3 dias. Em tempo de paz, deve-se comparar: o prazo do inquérito policial militar, conforme art. 20 do CPPM, é de 20 dias, quando estiver preso o indiciado, contados da data da prisão, ou de 40 dias, quando solto, contados da data de instauração. Neste último caso, admite-se prorrogação por 20 dias.

O § 2º do art. 675 dispõe que, nos casos de violência praticada contra inferior para compeli-lo ao cumprimento do dever legal ou em repulsa a agressão, os autos do inquérito serão remetidos diretamente ao Conselho Superior de Justiça Militar, que determinará o arquivamento, se o fato estiver justificado, ou, em caso contrário, a instauração de processo. Há uma antinomia neste ponto, na medida em que o CPPM define que caberá ao Conselho Superior de Justiça Militar (órgão de segundo grau) receber o inquérito nesses casos e decidir pelo seu arquivamento ou não, enquanto a Lei n. 8.457/92, no inciso II do art. 96, define como competência do Conselho de Justiça Militar (órgão de primeiro grau) decidir sobre essa questão. Como a Lei de Organização da Justiça Militar da União é mais recente que o CPPM, e ambos têm a mesma hierarquia, prevalece aquela em detrimento deste. Assim, a competência desse dispositivo é do Conselho de Justiça Militar e não do Conselho Superior de Justiça Militar.

Repita-se, aqui, que o arquivamento do inquérito ou a instauração do processo se darão diante de promoção do Ministério Público Militar, titular da ação penal, nos termos do inciso I do art. 129 da Constituição Federal.

Em sequência, trata-se da denúncia, excepcionando a disciplina geral do art. 77 do CPPM.

Pelo art. 676 do CPPM, recebidos os autos do inquérito, do flagrante, ou documentos, o auditor dará vista imediata ao Membro do Ministério Público que, dentro de 24 horas, oferecerá a denúncia, com o nome do acusado, a sua qualificação, a exposição sucinta dos fatos, a classificação do crime, a indicação das circunstâncias agravantes expressamente previstas na lei penal, a menção de todos os fatos e circunstâncias que devam influir na fixação da pena e a designação de duas a quatro testemunhas.

Sobre a previsão das testemunhas, dada a gravidade das consequências de um processo penal militar em tempo de guerra, há a exigência mínima de duas testemunhas, sob pena de ser inepta a peça acusatória e merecer ser rejeitada, exceto se a denúncia se fundar em prova documental, caso em que o rol de testemunhas é dispensado (p. u. do art. 676 do CPPM). Acerca da rejeição da denúncia, nada impede a aplicação do art. 78 do CPPM, com a adaptação da alínea “a” para os elementos do art. 676 aqui enumerados.

Obviamente, malgrado o silêncio da lei processual, nesse mesmo prazo de 24 horas, o Membro do Ministério Público poderá postular o que for de direito, não só oferecer a denúncia, como, por exemplo, promover o arquivamento do procedimento.

Caso o Ministério Público não ofereça a denúncia ou se, oferecida, for rejeitada, os autos serão remetidos ao Conselho Superior de Justiça Militar, que decidirá de forma definitiva a respeito do oferecimento (art. 679 do CPPM). Aqui o Código não traz a dinâmica a ser imposta, dando a impressão de que poderia o Conselho Superior de Justiça Militar, na inércia do Ministério Público, impor ao Membro do Parquet que ofereça a denúncia ou mesmo substituí-lo nesse mister. Em ambos os casos, não há amparo constitucional, dada a titularidade da ação penal militar

(art. 129, I, da CF), a necessidade de imparcialidade do juiz (decorrente do princípio do juiz natural, incisos XXXVII e LIII do art. 5º da CF) e o devido processo legal (inciso LIV do art. 5º da CF), que pressupõem a adoção do sistema acusatório no Direito brasileiro, e não há permissão constitucional para excepcionar essa realidade em tempo de guerra, salvo na hipótese de decretação de estado de sítio que expressamente mude essa garantia constitucional. Não é demais frisar que as regras do CPPM (de 1969) antecedem a Constituição Federal de 1988, carecendo passar por uma releitura.

Assim, na inércia do órgão do Ministério Público, a questão deve ser levada ao Procurador-Geral de Justiça Militar para designar outro órgão para oferecer a denúncia ou decidir definitivamente sobre o arquivamento. Poderia ser colocada como obstáculo a questão de estar o Procurador-Geral de Justiça Militar distante da questão e do teatro de operações, não sendo conveniente essa solução. Mas há de se notar que também está distante do teatro de operações o Superior Tribunal Militar e a ele é dada a competência para processar e julgar o comandante daquele sítio, como já visto. Adicione-se a esse contexto o desenvolvimento inequívoco dos meios de comunicação na atualidade, que permitem acesso e contato quase que imediatos.

Recebida a denúncia, o Juiz-Auditor mandará, imediatamente (*incontinenti*) citar o acusado e intimar as testemunhas, nomeando-lhe Defensor o integrante da Defensoria Pública – o CPPM ainda menciona a figura do advogado de ofício, já afastada pela Lei Complementar n. 80/94 –, que terá vista dos autos em cartório, pelo prazo de 24 horas, podendo, dentro desse prazo, oferecer defesa escrita e juntar documentos (art. 678 do CPPM).

Podem alguns questionar o motivo pelo qual a lei processual penal militar não idealiza a figura do Defensor constituído, praticamente impondo a nomeação de Defensor Público. Essa lógica se impõe em razão de a Justiça Militar em tempo de guerra, como ressaltado, funcionar no teatro de operações ou em território estrangeiro, militarmente ocupados

por forças brasileiras, sendo pouco provável que o acusado tenha acesso a um advogado ou, se tiver, que este, não integrante de uma estrutura oficial, consiga acessar a área do conflito, que estará, logicamente, sob restrições. Entretanto, caso haja a constituição de advogado e este esteja presente, não será possível obstar sua atuação, por conta de todo amparo constitucional e infraconstitucional nesse sentido.

Há, ainda, a possibilidade de o acusado dispensar a assistência de advogado, se estiver em condições de fazer sua defesa, pressupondo-se sua capacidade técnica para fazê-lo.

O réu preso será requisitado e será processado e julgado à revelia, independentemente de citação, se se ausentar sem permissão (art. 678 do CPPM). É possível que haja fuga do réu, ou seja, com denúncia recebida, antes de ser citado, o que não obstará o seguimento do processo. Ricardo Vergueiro, com acertada razão, opõe-se a essa previsão, consignando:

[...]. Ora, a citação representa o chamamento do réu em Juízo, sendo que, é através de tal ato que o acusado toma ciência do inteiro teor da acusação. Em processo penal, isto é fundamental. Ou seja, no nosso entender, ainda que em tempo de guerra, tal dispositivo é um absurdo inaceitável, representando uma grave ofensa aos consagrados princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV). [...] ²³.

A instrução criminal, como não poderia deixar de ser, é expedita. O Código menciona uma audiência de instrução, havida após a citação, qualificação e interrogatório do acusado, que tomará corpo 24 horas após esses atos (art. 679 do CPPM). Assim, pela lógica do CPPM, recebida a denúncia, será imediatamente citado o acusado, e a defesa tem 24 horas para juntar documentos ou oferecer até uma defesa escrita, ao que se seguiria a qualificação e interrogatório do réu. Entende-se que aqui também poderia a defesa indicar testemunhas a serem requisitadas. Após isso, em

²³ FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. Da Justiça Militar em tempo de guerra. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 48, 2004.

até 24 horas, deverá haver a audiência de instrução com a inquirição das testemunhas (acusação e depois defesa, apresentadas ou requisitadas), que seguirá o disposto nos artigos regulares para esse ato (em tempo de paz).

Há que se questionar se aqui também poderia ou deveria haver a inversão do interrogatório, sendo transportado para o último ato da instrução criminal, qual ocorreu com os “processos” ordinário e especial, após o julgamento do HC n. 127.900-AM.

Deve haver essa inversão. Embora se trate de um período de exceção e com regras específicas, pressupondo-se mais uma vez que no País as estruturas e normas, especialmente a Constituição Federal, estejam hígdas, não há motivo para impor dinâmica diversa. Assim, sugere-se que haja a citação e, 24 horas após esta, tome corpo a audiência de instrução, iniciada pela inquirição das testemunhas (acusação e depois defesa) e finalizada pelo interrogatório do acusado.

Pela norma processual, a defesa poderá apresentar até 2 testemunhas no ato, para serem inquiridas. Note-se que há uma limitação à paridade de armas, visto que a acusação poderá oferecer na denúncia um rol contendo de 2 a 4 testemunhas. Mais uma vez, assim como no “processo” ordinário, a defesa deve ter as mesmas possibilidades que a acusação, garantindo-se, assim, o respeito ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV, CF), uma vez que a Constituição Federal não excepciona essas garantias mesmo em tempo de guerra, salvo na hipótese já discutida da decretação de estado de sítio. Dessa maneira, se a acusação pode enumerar até 4 testemunhas, também o poderá a defesa, com a vantagem de, para esta, não haver o número mínimo de 2 testemunhas, ou seja, poderá enumerar de 1 a 4 testemunhas.

Como indicado, as testemunhas de defesa serão apresentadas por ela, no ato da audiência de instrução. Mas há a possibilidade de se requisitar essas testemunhas quando forem militares, sendo conveniente, neste caso, que sejam arroladas com antecedência, naquele prazo de 24 horas após a citação, embora a lei processual assim não defina.

Finda a audiência de instrução, as partes terão vista, na presença do escrivão, sem retirada dos autos, para as alegações escritas. A lei é silente em relação ao prazo para a entrega dessas alegações, presumindo-se, diante da lógica de concentração dos atos que impulsiona o procedimento²⁴, que isso deva ocorrer na mesma data da audiência de instrução. Criticável essa realidade, porquanto entende-se que o prazo deveria ser, minimamente, 24 horas, qual ocorre com o prazo da denúncia (art. 676 do CPPM) e da manifestação da defesa após a citação (art. 677 do CPPM). Não é adequado impor que essas alegações devam ser imediatas, visto que, se nesses atos precedentes o prazo será de 24 horas; com maior robustez de provas trazidas pela audiência de instrução, o prazo para as alegações deveriam ser, minimamente, o mesmo.

Segue-se o julgamento do caso, cindido em julgamento de praças ou de civil e de oficiais, no Código de Processo penal Militar. Na ausência de norma específica para o tempo de guerra, cabe a aplicação do art. 435 do CPPM, de maneira adaptada, votando primeiro o Juiz-Auditor, seguido do oficial de menor posto ou antiguidade e finalizando com o voto do oficial presidente do órgão colegiado (Conselho Superior de Justiça Militar ou Conselho de Justiça Militar).

Tanto oficiais como praças ou civis poderão ser dispensados, se assim desejarem, do cerimonial de julgamento (art. 680 do CPPM). Também, em ambos os processos, há a previsão de que as questões preliminares ou incidentes que forem suscitadas serão resolvidas, conforme o caso, pelo Juiz-Auditor (julgamento de civis ou praças) ou pelo Conselho de Justiça Militar (julgamento de oficiais), antecedendo propriamente a decisão de mérito.

O julgamento de praça ou de civil, feito singularmente pelo Juiz-Auditor, ocorrerá em outra audiência, dentro de 48 horas, e, na sessão propriamente de julgamento, o Ministério Público e a Defesa terão, cada um, 20 minutos, para fazer oralmente suas alegações. Após os debates orais,

²⁴ Item 25 da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal Militar.

sem a previsão de réplica e tréplica, o Juiz-Auditor sentenciará, lavrará sua decisão e desta mandará intimar o Ministério Público e o réu, ou seu defensor.

O julgamento de oficiais, pelo art. 684 do CPPM, deve ser no mesmo dia da instalação do Conselho de Justiça Militar. Neste artigo há uma outra antinomia com a Lei n. 8.457/92, porquanto coloca-se que o julgamento aqui tratado, de competência do Conselho de Justiça Militar, será para oficiais até o posto de tenente-coronel, quando a referida lei, pelo inciso I do art. 96, dispõe ser competência do Conselho de Justiça Militar o julgamento de oficiais até o posto de Coronel. Prevalece, mais uma vez, a regra da Lei n. 8.457/92.

Essa antinomia se repete no art. 689 do CPPM, que dispõe que, nos processos a que responderem oficiais gerais, coronéis ou capitães-de-mar-e-guerra, as funções do Ministério Público serão desempenhadas pelo Procurador que servir no Conselho Superior de Justiça Militar, assim como a instrução criminal será presidida pelo Juiz-Auditor que funcionar naquele Conselho, cabendo-lhe ainda relatar os processos para julgamento. Mais uma vez, menciona-se como competência do Conselho Superior de Justiça Militar apreciar os crimes de Coronéis, que é de competência do Conselho de Justiça Militar pela Lei n. 8.457/92.

A questão da presidência da instrução atribuída ao Juiz-Auditor, prevista no mesmo artigo, não comporta antinomia, desde que a instrução, mesmo presidida pelo Juiz-Auditor ocorra perante o Conselho Superior de Justiça Militar, já que sua competência é para processar e julgar oficiais-gerais (art. 95 da Lei n. 8.457/92).

Quanto ao rito do julgamento de oficiais perante o Conselho de Justiça Militar, prestado o compromisso pelos juízes nomeados (art. 400 do CPPM), serão lidas pelo escrivão as peças essenciais do processo e, após os debates orais, que também serão pelo prazo máximo de 20 minutos para o Ministério Público e para Defesa, passará o Conselho a deliberar em sessão pública e não secreta, em homenagem ao disposto no inciso IX do art. 93 da CF – com a sempre presente ressalva da decretação de estado de sítio que

afaste expressamente essa garantia institucional e do jurisdicionado –, e a sentença deve ser lavrada dentro do prazo de 24 horas.

O Membro do Ministério Público e o acusado, ou seu defensor, serão intimados da sentença no mesmo dia em que esta for assinada.

O art. 687 do CPPM traz regra de *emendatio libelli* ao dispor que os órgãos da Justiça Militar, tanto em primeira como em segunda instância, poderão alterar a classificação do crime, sem, todavia, inovar a acusação. Havendo impossibilidade de alterar a classificação do crime, o processo será anulado e oferecida nova denúncia. A regra abrange os julgamentos pelo Juiz-Auditor, pelo Conselho de Justiça Militar e pelo Conselho Superior de Justiça Militar.

Sustenta-se que a *emendatio libelli* também encontra na alínea a do art. 437 do CPPM sua previsão, com algumas diferenças do previsto no CPP (art. 383), pois lá no processo penal militar, em tempo de paz, está condicionada ao fato de a nova definição ter sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas, e a outra parte ter tido a oportunidade de respondê-la.

Aqui, pelo art. 687 do CPPM, prescinde-se de aditamento por parte do Ministério Público, tendo-se, entretanto, como premissa que não se pode inovar a acusação, caso contrário deverá ser reiniciado o processo, com nova denúncia.

Em se tratando de denúncia que contenha imputação a várias pessoas, poderão elas ser processadas e julgadas em grupos, se assim for do interesse da justiça (art. 688 do CPPM). Há uma exceção à unicidade processual em casos de conexão ou continência, também presente na alínea “b” do art. 106 do CPPM, para o processo em tempo de paz, embora lá o objetivo seja o não prolongamento da prisão dos acusados. A cláusula genérica “interesse da justiça” permite o enquadramento de várias situações, inclusive uma conveniência probatória para tornar mais célere o julgamento.

Finalmente, o rito do processo e julgamento do Conselho Superior de Justiça Militar.

No processo e julgamento de competência do Conselho Superior de Justiça Militar – pela Lei n. 8.457/92, nos casos de prática de crime militar apenas por oficiais-generais, como vem sendo ressaltado –, as regras processuais (oferecimento da denúncia, citação do acusado, intimação de testemunhas, nomeação de defensor, instrução criminal, julgamento e lavratura da sentença) serão, no que couber, as mesmas estabelecidas para os processos da competência do Juiz-Auditor e do Conselho de Justiça Militar, nos termos do § 2º do art. 689 do CPPM. Tudo o que foi visto para o Conselho de Justiça Militar, órgão de primeiro grau, competente para julgar oficiais, poderá ser aplicado aos feitos do Conselho Superior de Justiça Militar.

Em adição, como já visto, a instrução criminal seria presidida pelo Juiz-Auditor do Conselho Superior de Justiça Militar, mas perante ele, já que a Lei n. 8.457/92 define a competência desse Órgão também para processar os oficiais-generais e não apenas julgar, algo semelhante ao que acontece com a inquirição de testemunhas no processo penal militar em tempo de paz, conforme art. 418 do CPPM. Prevê a norma processual militar que também o Juiz-Auditor será o relator do processo para julgamento e que não há óbices para a aplicação do dispositivo.

As funções do Ministério Público serão desempenhadas pelo Membro respectivo que officie no Conselho Superior de Justiça Militar, e também pode haver a nomeação pelo presidente da República de qualquer Membro do Parquet.

Há previsão específica no art. 690 do CPPM para os casos de crimes de responsabilidade, segundo a qual, oferecida a denúncia nesses crimes, o auditor mandará intimar o denunciado para apresentar “defesa” dentro do prazo de dois dias, findo o qual decidirá sobre o recebimento, ou não, da denúncia, submetendo o despacho, no caso de rejeição, à decisão do Conselho. Há uma resposta preliminar e não defesa, em verdade, dada a ausência de processo, sem par em outro momento do processo penal

militar, sem a qual haverá causa de nulidade absoluta²⁵, nos termos do art. 500, III, “d”, do CPPM.

Essa previsão está inserta em artigos que tratam do Conselho Superior de Justiça Militar, portanto, pode-se extrair que se aplica apenas aos casos de processo e julgamento dos oficiais-generais, mas entende-se ser possível sua aplicação nos julgamentos de civis e praças, a cargo do Juiz-Auditor, e de oficiais, de competência do Conselho de Justiça Militar.

O CPPM não define quais são os crimes de responsabilidade, o art. 690 é o único dispositivo que traz essa expressão. Nem mesmo a exposição de motivos, embora mencione a expressão no item 25, esclarece o conteúdo dos crimes de responsabilidade.

Dessa maneira, deve-se buscar um conceito doutrinário e, nesse mister, os crimes de responsabilidade coincidem com crimes funcionais, ou seja, aqueles que apenas podem ser praticados por quem possua a condição de funcionário público (não de militar, frise-se). Trata-se de uma concepção processual, que hoje pode ser encontrada na leitura que a doutrina possui para a aplicação dos arts. 513 e seguintes do Código de Processo Penal comum. Sobre a concepção do Processo Penal comum, tratando do capítulo do processo e do julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, Fauzi Hassan Choukr, citando Greco Filho:

O presente Capítulo diz respeito aos crimes funcionais “próprios”. Segundo abalizada doutrina, “o procedimento dos arts. 513 a 518 é adequado para os crimes afiançáveis de responsabilidade de funcionário público, previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal, com o conceito de funcionário público do art. 327, não se aplicando a outros crimes, ainda que praticados por funcionários públicos. A recíproca também é verdadeira: se há particular em coautoria ou participação, o procedimento especial não se aplica” (GRECO FILHO, 1995, p. 383)²⁶.

²⁵ Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1010.

²⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1009-10.

No Código Penal Militar, frise-se, não há a capitulação de crimes praticados por funcionários públicos, de maneira que não existe uma perfeita coincidência com os tipos do Código Penal comum. Entretanto, há, no Código Penal Militar, o Capítulo VI do Título VII da Parte Especial que trata de crimes militares contra o dever funcional. Certamente, esses crimes, em que se enquadra a prevaricação (art. 319 do CPM), por exemplo, quando crimes militares em tempo de guerra – v.g. quando praticado em território estrangeiro militarmente ocupado, nos termos da alínea “a” do inciso III do art. 10 do CPM –, são crimes funcionais, portanto, de responsabilidade. Mas não apenas eles. Crimes constantes de outros capítulos que apenas possam ser cometidos por funcionário público estarão enquadrados nos crimes de responsabilidade. Como exemplos estão a concussão (art. 305 do CPM) e a corrupção passiva (art. 308 do CPM), que, em se tratando de crimes militares em tempo de guerra, possuirão a regra especial de que o Juiz-Auditor deve intimar o denunciado para apresentar resposta dentro do prazo de dois dias, findo o qual decidirá sobre o recebimento.

No que concerne à submissão da decisão de rejeição da denúncia ao Conselho Superior de Justiça Militar, também prevista do art. 690 do CPPM, isso sem recurso do dono da ação penal militar, há apenas remessa para que haja o referendo ou não do órgão em sua plenitude.

A propósito da revisão de atos (em sentido amplo), o art. 691 do CPPM trata do único recurso que cabe da decisão do Conselho Superior de Justiça Militar, os embargos (arts. 538 e seguintes): os de declaração, os de nulidade e os infringentes. Previsão óbvia, por ser o Conselho Superior de Justiça Militar o órgão máximo da justiça militar no teatro das operações, em tempo de guerra. Esses embargos, ademais, somente serão cabíveis nas decisões daqueles processos de competência originária do Conselho Superior de Justiça Militar, não cabe das decisões em que este Órgão figure como tribunal recursal (art. 703 do CPPM).

Por fim, há específica previsão para o processo de deserção, no art. 693 do CPPM. Por ele, nesse “processo” especial, observar-se-á:

- a) após o transcurso do prazo de graça, o comandante ou autoridade militar equivalente, sob cujas ordens servir o oficial ou praça, fará lavrar um termo com todas as circunstâncias, assinado por duas testemunhas, equivalendo esse termo à formação da culpa;
- b) a publicação da ausência em boletim substituirá o edital;
- c) os documentos relativos à deserção serão remetidos ao auditor, após a apresentação ou captura do acusado, e permanecerão em cartório pelo prazo de vinte e quatro horas, com vista ao defensor, para apresentar defesa escrita, seguindo-se o julgamento pelo Conselho de Justiça Militar, conforme o caso.

Como se verifica, não há peça acusatória pelo Ministério Público, o que se mostra inconstitucional diante do previsto no inciso I do art. 129 da Constituição Federal, mais uma vez ressalvada a situação de decretação de estado de sítio, nos termos do art. 137, II, da CF.

6 DOS RECURSOS

Das decisões do Conselho Superior de Justiça Militar, nas ações originárias, já se expôs, serão cabíveis apenas os embargos, que seguirão o rito da apelação (art. 705 do CPPM), que se passará a expor.

O art. 694 do CPPM dispõe que das sentenças de primeira instância caberá recurso de apelação para o Conselho Superior de Justiça Militar; não cabe recurso de decisões sobre questões incidentes, que poderão, entretanto, ser renovadas na apelação. Em outros termos, apenas a sentença nos processos contra civis e praças, de competência monocrática do Juiz-Auditor, e contra oficiais até o posto de coronel, de competência do Conselho de Justiça Militar, será atacável pela apelação.

A apelação deverá ser interposta no prazo de 24 horas, a contar da intimação da sentença ao Membro do Ministério Público e ao defensor, sendo o réu revel ou não (art. 695 do CPPM). Juntamente com a interposição

devem seguir as razões de apelação (art. 697 do CPPM), dinâmica diferente daquela dos arts. 529 e 531 do CPPM, em tempo de paz.

Pelo art. 696 do CPPM, haverá recurso de ofício²⁷ (remessa oficial) da sentença que impuser pena restritiva da liberdade superior a oito anos e quando se tratar de crime a que a lei comina pena de morte e a sentença for absolutória, ou não aplicar a pena máxima. É de questionável constitucionalidade, especialmente na segunda hipótese, para quem admite a aplicação desse dispositivo, está aqui mais uma exceção à característica da inércia ou o princípio da ação no processo penal militar.

Petição e razões recursais deverão ser aportadas em cartório, quando os autos serão conclusos ao Juiz-Auditor (em processo de competência monocrática ou colegiada), que os remeterá, *incontinenti*, à instância superior, o Conselho Superior de Justiça Militar. Como o único recurso cabível é o de apelação, não há previsão de recurso em sentido estrito para atacar eventual não recebimento da apelação, de maneira que não cabe o juízo de admissibilidade pelo órgão *a quo*, sob pena de um caso de apelação não chegar ao Conselho Superior de Justiça Militar, nem mesmo para apreciar sua admissibilidade. Do contrário, se firmado caber o juízo de admissibilidade em primeira instância, deve-se admitir, ainda que fora da estrita previsão legal, o recurso em sentido estrito neste caso.

No Conselho Superior de Justiça Militar, os autos serão logo conclusos ao relator, que mandará abrir vista ao representante do Ministério Público, a fim de apresentar parecer, dentro de 24 horas.

O relator estudará os autos no intervalo de duas sessões (art. 699 do CPPM) e, na data de julgamento, anuncia-lo-á o presidente, quando o relator fará a exposição dos fatos (art. 700 do CPPM). Finda a exposição do relatório, poderá (faculdade) haver exposição oral do Ministério Público e da Defesa por 15 minutos cada um. Embora o art. 701 inverta essa ordem, deve a Defesa falar por último.

²⁷ Item 25 da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal Militar.

Passa-se à discussão do recurso e, em seguida, o Conselho Superior de Justiça Militar proferirá sua decisão, iniciando-se a votação pelo relator e findando-se pelo presidente. O resultado do julgamento constará da ata que será juntada ao processo. A decisão será lavrada dentro de 2 dias, salvo motivo de força maior.

Como já mencionado acima, as sentenças proferidas pelo Conselho Superior de Justiça Militar, como Tribunal de segunda instância, não são suscetíveis de embargos (art. 703 do CPPM).

Como efeitos do recurso de apelação, aplica-se aqui o disposto no art. 533 do CPPM, estando presentes os efeitos suspensivo e devolutivo.

O art. 704 do CPPM dispõe que a apelação do Ministério Público devolve o pleno conhecimento do feito ao Conselho Superior de Justiça Militar, dando-se a impressão de que, ainda que o Parquet apele, mas não recorra de determinado ponto da sentença, poderia o Conselho reformá-lo.

Há aqui uma exceção ao princípio da devolutividade (*tantum devolutum quantum appellatum*). Por esse princípio, devolve-se ao órgão *ad quem* apenas a matéria impugnada, contida no pedido recursal, e é defeso aos órgãos jurisdicionais darem provimento além (aquém ou extra) do que foi pugnado pelo recorrente. Mas há a exceção justamente nos casos de recursos impetrados pelo Ministério Público, dotados de efeito devolutivo amplo, como neste caso, que permitiria a *reformatio in melius* para a defesa e *in pejus* para a acusação, no caso, parte recorrente, como já entendeu a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 241.777/BA, julgado em 21 de agosto de 2001, relator o Ministro Felix Fischer. Tranquilamente, em havendo uma melhora da situação do acusado, o efeito devolutivo amplo, permitirá essa decisão. Quanto à piora da situação do acusado, é ela incabível, malgrado a redação do art. 704 conduza o raciocínio a essa possibilidade.

Por fim, ao tratar dos recursos em tempo de guerra, o CPPM no art. 706 dispõe que não haverá *habeas corpus* nem revisão. Obviamente, a revisão e o *habeas corpus* não são recursos, mas achou por bem o legislador

colocá-los neste ponto da lei processual penal militar, por encontrar uma pertinência temática.

Não há grandes problemas em relação à revisão, mas no que concerne à vedação ao *habeas corpus* é ela, em princípio, inconstitucional, porquanto não há previsão na Constituição Federal que afaste o inciso LXVIII de seu art. 5º em tempo de guerra. A única restrição constitucional expressa para o *habeas corpus* no direito castrense está no § 2º do art. 142 da CF, vedando-se esse remédio em punições disciplinares e, como bem se sabe, essa vedação já foi há muito relativizada, já que em casos de ilegalidade flagrante o *habeas corpus* é cabível mesmo para afastar atentado ao direito de locomoção oriundo de sanção disciplinar²⁸.

Todavia, deve-se lembrar novamente que no caso de declaração de guerra poderá ser decretado o estado de sítio, nos termos do inciso II do art. 137 da CF, o qual não conhece limite para a suspensão desse remédio. Assim, a regra do art. 706 do CPPM é, de partida, inconstitucional e, em caso de estado de sítio decretado com fundamento na declaração de guerra, despicienda, visto que o decreto de estado de sítio deverá conter a suspensão do cabimento de *habeas corpus* expressamente.

7 DA EXECUÇÃO DA PENA DE MORTE

Caracteriza-se a pena de morte, obviamente, pela pena capital, na qual a vida do infrator é ceifada em decorrência da execução de sentença condenatória passada em julgado.

Foi abolida no Brasil pelo Código Penal de 1890 e na Constituição de 1891, permanecendo, contudo, a ressalva de que poderia ser efetivada em caso de guerra. Tal permissão para a implantação da pena de morte conhece detalhes que passam corriqueiramente despercebidos.

Costuma-se postular, com base na letra a do inciso XLVII do art. 5º da CF, que a pena de morte no Brasil é admitida somente em caso de

²⁸ Nesse sentido, ASSIS, Jorge César de. *Curso de direito disciplinar militar*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 234-6.

guerra, singelo resumo que não condensa as peculiaridades do tema. Há que se questionar, em primeiro aporte, se essa permissão constitucional restringe-se aos crimes militares e se qualquer guerra autorizaria a pena de morte.

Para responder a essas indagações, deve-se iniciar com a leitura do permissivo constitucional, que dispõe que não haverá no Brasil pena “de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”.

Há de se notar que o dispositivo constitucional não restringiu a possibilidade de pena de morte apenas aos crimes militares, sendo hipoteticamente, em primeira análise que será rechaçada adiante, possível a implantação de pena de morte para crimes comuns, desde que haja a declaração de guerra de que trata o inciso XIX do art. 84 da Constituição.

A previsão do ordenamento constitucional, a título de comparação, diverge, por exemplo, da realidade espanhola, visto que a Constituição daquele país restringe a possibilidade de pena de morte apenas aos crimes militares em tempo de guerra. A primeira Seção do Segundo Capítulo da Constituição espanhola de 1978, que trata dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, é inaugurada pelo art. 15, que dispõe:

Todos têm direito à vida e à integridade física e moral, sem que, em nenhum caso, possam ser submetidos à tortura nem a penas ou tratos desumanos ou degradantes. Está abolida a pena de morte, salvo no que possam dispor as leis penais militares para tempos de guerra. (Tradução nossa).²⁹

Como se percebe, a hipótese constitucional daquele país restringe-se à legislação penal militar em tempo de guerra, o que não ocorre na Constituição da República Federativa do Brasil.

²⁹ Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

Entretanto, embora a Constituição brasileira admita a pena de morte, em tese, para crime comum, exigindo apenas o estado de guerra declarada nos termos do art. 84 da própria Constituição, fácil constatar que a legislação infraconstitucional atualmente em vigor não consagrou a pena de morte senão no Código Penal Militar, com procedimento de execução complementado pelo Código de Processo Penal Militar, donde se conclui que o Brasil, não pela Constituição mas por norma infraconstitucional, aboliu toda e qualquer hipótese de pena de morte que não seja referente a um crime militar em tempo de guerra.

Essa realidade normativa remete a outro diploma, desta vez de mote internacional. Trata-se da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que foi promulgada entre nós pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Ao tratar dos direitos civis e políticos, especificamente sobre o direito à vida, o Pacto dispõe:

Art. 4º Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.
3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

Claramente se verifica que, no momento em que passou a vigor o Pacto (para o Brasil, em 1992), o país que houvesse abolido a pena de morte, total (para todos os delitos) ou parcialmente (permitida para alguns delitos apenas), não poderia e não pode retomá-la. Ora, se o Brasil, por seu Direito interno (infraconstitucional), aboliu a pena de morte para crimes não militares, atendendo ao escopo do Pacto, não poderá retomá-la.

Sobre o assunto, vale trazer à baila as lições de Valério Mazzuoli e de Luiz Flávio Gomes:

Nos países que aboliram a pena de morte, ela não pode ser restabelecida (art. 4º, 3). A Constituição brasileira atual (de 1988), inclusive por força do princípio da proibição de regresso (ou da vedação do retrocesso), nem remotamente, salvo o caso de guerra declarada, permite a pena de morte ou qualquer pena de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, a e b). Lei ordinária nesse sentido não só violaria o art. 4º, 3, da Convenção Americana, como também a própria Constituição. Aliás, a via da Emenda Constitucional estaria vedada pela cláusula pétrea contida no art. 60, § 4º, IV, da CF. Nem sequer plebiscito poderia ser convocado para questionar tal matéria. Primeiro porque o plebiscito é mais apropriado para discutir forma de governo ou de Estado etc.; em segundo lugar porque não se pode discutir em plebiscito o que está vedado às emendas constitucionais.

À proibição existente de as normas internas regredirem (ou retrocederem) em matéria de direitos humanos tem-se denominado ‘efeito *cliquet* dos direitos humanos’. O chamado *cliquet* é um instrumento de alpinista que somente permite que aquele que pratica uma escalada suba e não desça, ou seja, vá cada vez mais para cima sem voltar para trás, tal como deve ocorrer com as normas internas relativamente à proteção dos direitos humanos: sempre proteger mais, sem retroceder (regredir) nessa proteção³⁰.

Vencida a primeira questão, urge averiguar se qualquer guerra autorizaria a pena de morte como resposta a um crime militar.

A compreensão do termo “guerra” deve ser tomada como a “luta armada ferida entre dois ou mais Estados para solução de conflito havido entre eles, que não se tenha podido resolver por outro meio”³¹. Exclui-se,

³⁰ GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36-37.

³¹ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 2, p. 367 (itálico no original).

repise-se, o conflito entre Unidades da Federação, que se caracterizaria como um conflito interno, definido como guerra civil, ou outros conflitos ou perturbações graves no âmbito interno.

Conforme se infere do dispositivo constitucional permissivo da pena de morte, somente será ela possível em caso de guerra declarada, ato privativo do presidente da República, como já assinalado, nos termos do inciso XIX do art. 84 da CF. Com muita perspicácia, aponta Jorge Romeiro que o motivo da declaração de guerra deve ser unicamente, para a vigência dos dispositivos penais afetos à pena capital, por agressão estrangeira, descartando-se outros motivos para a declaração³². A visão do saudoso autor, muito acertada, está atrelada a uma interpretação restritiva, baseada no mencionado inciso XIX do art. 84 da CF, que desenha a possibilidade de declaração apenas no caso de agressão estrangeira.

Assim, firme-se que, embora para a aplicação do art. 10 do CPM, dos crimes militares em tempo de guerra e para outros dispositivos da lei penal militar que se refiram à guerra como resultado da conduta (“se resulta guerra”, como o § 2º do art. 136 do CPM), como condição para aplicação de uma excludente (parágrafo único do art. 42 do CPM), para que o civil possa cumprir pena em penitenciária militar (parágrafo único do art. 62 do CPM) etc., baste o reconhecimento do estado de guerra (por atos de hostilidades ou mesmo a formal declaração), para a implementação da pena de morte a hipótese é mais restrita, exigindo-se a formal declaração de guerra, diante de agressão estrangeira.

Por outro bordo, o termo “agressão” poderia ser entendido em sentido mais amplo, não comportando apenas a agressão física, mas também a agressão moral, econômica etc., justificando a declaração de guerra. Disso discorda Ricardo Vergueiro, ao entender que é necessário, com base nas disposições constitucionais para o estado de sítio (art. 137, II, CF), que haja uma agressão armada estrangeira³³.

³² ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 167.

³³ FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. *Da Justiça Militar em tempo de guerra*.

Sustenta-se, ademais, que, cessado o tempo de guerra, ainda que um crime tenha sido praticado e apenado com a morte no período de exceção, e muito mais quando a sentença for proferida em tempo de paz, deve-se evitar a execução da medida capital, sendo comutada ou mesmo afastada na sentença³⁴. Contudo, por se tratar de lei penal excepcional, em teoria, é dotada de ultratividade, sendo possível, embora recomendável que se evite, a execução da pena de morte em período de paz, desde que o crime tenha sido praticado em tempo de guerra declarada por agressão estrangeira ao Brasil.

Somente pode ser executada por fuzilamento (art. 56 do CPM). Logo após transitada em julgado, a sentença definitiva de condenação deve ser comunicada ao presidente da República, uma vez que este pode, nos termos do inciso XII do art. 84 da CF, indultar o condenado ou comutar a pena por outra menos grave. Só passados sete dias da comunicação, pode ela ser executada (art. 57 do CPM).

Todavia, o CPM, no parágrafo único do art. 57, permite a execução imediata da pena de morte, desde que imposta em zona de operações de guerra e quando sua imediatidade seja exigida para preservar a ordem e a disciplina militares.

Com arrimo nas lições de Alexandre de Moraes, Ricardo Vergueiro pontua sobre a possibilidade de execução sumária da pena de morte:

[...]. De fato, o § único do artigo 57, do Código Penal Militar, deve ser interpretado conjuntamente com seu *caput*. Ou seja, a pena de morte, em zona de operações de guerra, poderá ser imediatamente executada, desde que devidamente respeitado o seu trânsito em julgado e desde que previamente seja realizada a comunicação de tal situação ao Presidente da República. Quer dizer que a expressão ‘pode ser imediatamente executada’ prevista no § único, do artigo 57, do Código Penal Militar, não exclui a necessidade imperiosa de se

Revista Direito Militar, Florianópolis: AMAJME, n. 48, 2004.

³⁴ Nesse sentido, Esmeraldino Bandeira em citação de Jorge Romeiro, op. cit., p. 51-52.

comunicar tal situação, antes da própria execução da pena de morte, ao Presidente da República, mesmo porque, apesar de presente o interesse da ordem e da disciplina militares, em se tratando de questão que envolva a permanência da vida, bem supremo e indisponível, nunca será demais lembrar-se de que sempre haverá a possibilidade de concessão de indulto ao condenado ou comutação de sua pena por outra menos grave (artigo 84, XII, da Constituição Federal)³⁵.

Em complemento ao disposto no CPM, o Código de Processo Penal Militar trata da pena de morte a partir do art. 707, justamente no contexto dos artigos relativos à Justiça Militar em tempo de guerra. Nele, consigna-se que o militar que tiver de ser fuzilado sairá da prisão com uniforme comum e sem insígnias, e terá os olhos vendados, salvo se o recusar, no momento em que tiver de receber as descargas. As vozes de fogo, nesse caso, serão substituídas por sinais. Em se tratando de civil, a execução se procederá nos mesmos moldes, devendo deixar a prisão decentemente vestido. Permite-se, pela lei processual penal militar, o socorro espiritual do condenado, de acordo com sua crença. Por fim, dispõe o CPPM que da execução da pena de morte lavrar-se-á ata circunstanciada que, assinada pelo executor e duas testemunhas, será remetida ao comandante-chefe, para ser publicada em boletim (art. 708 do CPPM).

À guisa de exemplo, na história recente da República Brasileira, como lembra Jorge César de Assis, citando Silvio Martins Teixeira³⁶, houve um caso de condenação à pena de morte por crime militar, no caso de dois soldados que durante a Segunda Guerra Mundial, nos campos da Itália – onde foi organizada a Justiça Militar junto às Forças Expedicionárias Brasileiras, pelo Decreto-lei n. 6.396, de 1º de abril de 1944, também de lavra de Getúlio Vargas, mas em outro momento, agora como Presidente

³⁵ FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. Da Justiça Militar em tempo de guerra. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 48, 2004.

³⁶ ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 155.

da República –, violentaram uma jovem, matando, ademais, seu avô para que não pudesse defender a neta. Apesar de condenados à pena capital pela 2ª Auditoria junto à 1ª DIE, da Força Expedicionária Brasileira (FEB), na Itália, com confirmação do Conselho Supremo de Justiça Militar, houve a comutação da condenação pelo presidente da República para trinta anos de reclusão. Embora o fato se tenha passado à luz da legislação penal militar anterior³⁷, o exemplo, didaticamente, é muito importante para que se verifique os trâmites da execução, com possibilidade de comutação pelo presidente da República.

8 CONCLUSÃO

O processo penal militar em tempo de guerra possui lógica própria, que demanda uma estrutura especialmente talhada para o período de exceção e um rito expedito.

Muitas vezes, essa lógica significa diminuição de garantias constitucionais e até mesmo a supressão, em casos extremos de decretação de estado de sítio.

Por outro lado, sempre se deve ter o parâmetro constitucional em evidência, para que, mesmo no caso de supressão de garantias, haja o confronto com o fim de se verificar se a lesão ao jurisdicionado encontra respaldo nas exceções possíveis.

Muito importante frisar, em tempos atuais, que o pressuposto para a eficácia dos dispositivos do Direito Castrense em tempo de guerra – e aqui estende-se a afirmação aos dispositivos penais e processuais –, qual seja, o reconhecimento do estado de guerra, não está presente nos recentes cenários experimentados pelo Brasil, nem mesmo na preocupante situação da segurança pública no Estado do Rio de Janeiro que ensejou a intervenção federal.

³⁷ Uma importante visão histórica da Justiça Militar na Itália está na obra *A Justiça Militar na campanha da Itália*. ALBUQUERQUE, Bento Costa Lima de. Fortaleza: Imprensa Oficial, 1958.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Bento Costa Lima de. *A Justiça Militar na campanha da Itália*. Fortaleza: Imprensa Oficial, 1958.

ASSIS, Jorge César de. *Curso de direito disciplinar militar*. Curitiba: Juruá, 2013.

ASSIS, Jorge César de. *Comissionamento em postos militares, de juízes-audidores, membros do ministério público militar e da defensoria pública da união, por ocasião do tempo de guerra*. Disponível em file:///C:/Users/rcoim/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/9X39QYL6/comissionamento-em-postos-militares_atualizado.pdf. Acesso em: 13 fev. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHAVES JUNIOR, Edgard de Brito. A Justiça Militar brasileira na guerra – segunda parte. *Revista de Estudos & Informações: Justiça Militar do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 25, jul. 2009. Disponível em: file:///C:/Users/rcoim/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/ZJ21V2JW/rei_n_25_web.pdf. Acesso em: 16 fev. 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CINELLI, Carlos Frederico. *Direito internacional humanitário*. Curitiba: Juruá, 2011.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 2.

FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. Da Justiça Militar em tempo de guerra. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 48, 2004.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

MONTEIRO, Silvestre Péricles de Góes. *Justiça Militar em tempo de guerra*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1935.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, Gualterberg Nogueira de Lima. Do processo penal na Justiça Militar em tempo de guerra. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 41, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2010..