

A progressão do regime

nos crimes militares ante as realizações especiais de sujeição

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Ministra Vice-Presidente do Superior Tribunal Militar
Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais

Micheline Barboza Balduino Ribeiro

Especialista em Direito Processual Penal.
Analista Processual na Procuradoria Geral da República – PGR

RESUMO: A concessão de progressão de regime é denegada no âmbito da Justiça Castrense sob o entendimento de que o militar, submetido ao encarceramento em estabelecimento prisional das Forças Armadas, sujeita-se à legislação penal especial, e não, à Lei de Execução Penal. No presente artigo buscou-se ressaltar que a discussão acerca da possibilidade de conceder-se a benesse no âmbito do Direito Penal Milicien, perpassa o inciso XLVIII do art. 5º da Magna Carta, donde se extrai dever ser a sanção “cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. O art. 61 do Código Penal Militar ao regular o cumprimento da pena privativa da liberdade em exegese restritiva, vem sendo interpretada em desconformidade com o postulado da isonomia, pois, dos custodiados em recinto das Forças Armadas, é subtraída a garantia da progressão. Conclui-se, então, a favor da hermenêutica inovadora sobre a inteligência da legis com vistas a autorizar a prevalência das conquistas implementadas pela Lei de Execução Penal e efetivar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e, sobretudo, da individualização da reprimenda.

PALAVRAS-CHAVES: Progressão de Regime. Crimes Militares. Relações Especiais de Sujeição. Estabelecimento Castrense; Isonomia. Lei de Execução Penal. Restrição de Direitos. Individualização da Pena. Postulados da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

ABSTRACT: The concession of progression in regime is denied in the military Justice, under the understanding that the military subjected to incarceration in a prison establishment of the Armed Forces subject to the special criminal law, and not the Penal Execution Law. In the present article we tried to emphasize the discussion about the possibility of giving the benesse under Milicien Criminal Law permeates the item XLVIII of art. 5 of the Magna Carta, from which it extracts that the sanction must be “served in separate establishments, according to the nature of the offense, the age and sex of the convict.” The art. 61 of the Military Penal Code, to regulate the enforcement of custodial sentence in exegesis restrictive, is being interpreted in disagreement with the postulate of equality, because from the custodied on enclosure of the Armed Forces, is subtracted the guarantee of progression. We conclude, then, in favor of an innovative hermeneutics about the intelligence of the legis in order to authorize the prevalence of the achievements implemented by the Criminal Execution Law and give effect to the principles of reasonableness, proportionality and, above all, the individualization of reprimand.

KEYWORDS: Regime Progression. Military Crimes. Special Relations of Submission. Military Stablishment. Equality. Penal Execution Law. Restriction of Rights. Penalty Individualization. Postulates of Reasonableness and Proportionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. As relações especiais de sujeição-evolução no tempo – 3. Progressão de regime no âmbito militar – 4. Progressão de regime no âmbito militar – 3.1. Dispositivos disciplinadores – 3.2. Interpretação jurisprudencial – 3.3. Crítica – 3.4. Sopesamento de valores e proporcionalidade – 4. Isonomia – limites ao legislador – 5. Individualização da pena – 5.1. Proporcionalidade e razoabilidade – 5.2. Função pedagógica – reintegração progressiva do detento – 6. Conclusão – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A concessão da progressão de regime, um dos maiores benefícios do sistema punitivo pátrio, é denegada no âmbito da Justiça Castrense sob o entendimento de que o militar submetido ao cumprimento de pena em estabelecimento das Forças Armadas sujeita-se à legislação criminal especial, e não, à Lei de Execução Penal¹.

Efetivamente, a Constituição Federal ao dispor sobre as Forças Armadas, estabeleceu como pilares de sua organização e funcionamento a hierarquia e a disciplina. Tais princípios traduzem-se num conjunto de constrações normativas ao espaço do cidadão militar, na medida em que lhes impõe uma série de servidões que restringem o exercício dos direitos fundamentais.

Da leitura da Carta Política – art.142, da CF – observa-se que várias dessas limitações foram estatuídas pelo próprio Constituinte Originário. Cite-se a vedação à impetração do habeas corpus contra punições disciplinares; a proibição de sindicalização e greve, a prisão administrativa sem ordem judicial, dentre outras.

Tais diferenças de tratamento, por vezes, materializam-se em conflitos principiológicos que, ao serem sopesados, poderão comprimir direitos clausulados como pétreos, em desfavor dos integrantes do Exército, Marinha e Aeronáutica.

E é por essa razão e não outra, que o Direito Castrense inadmitte institutos típicos de proteção ao indivíduo na esfera criminal tais como, a subsidia-

¹ Sobre a matéria, pronunciou-se o Superior Tribunal Militar, em decisão unânime, com fundamento nos arts. 59 e 61 do CPM; *verbis*: *que a execução de sentença que impõe pena privativa de liberdade até dois anos é cumprida pelo oficial em recinto de estabelecimento militar e pela praça em estabelecimento penal militar; e a superior a dois anos é cumprida por ambos em penitenciária militar, e, na falta desta, em estabelecimento prisional civil. Somente neste último caso - da pena ser cumprida em estabelecimento prisional civil - o recluso ou detento fica sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões também poderá gozar. (Apelação: 2006.01.001943-4/PA. Min. Rel. Rayder Alencar da Silveira. Data da Publicação: 8/3/2007)*

riedade, a fragmentariedade e a intervenção mínima, verdadeiros dogmas do Direito Penal Comum. Medidas despenalizadoras não são, igualmente, aceitas.

Está-se diante do poder legal de restrição, a projetar-se sobre pessoas em situação especial para com o Poder Público, sendo, conseqüentemente, tratadas de maneira diferenciada das demais quanto à fruição de determinadas garantias.

Nesse contexto, cumpre preliminarmente perquirir a latitude do âmbito de proteção e a fixação precisa dessas contenções para aferir a viabilidade jurídica de progressão de regime ao militar infrator, apenado com mais de dois anos de reclusão ou detenção, e que se encontra custodiado em presídio castrense.

Tem-se como certo que o âmbito de proteção designa o alcance da garantia jusfundamentalizada, aquilo que por ela é concebido, abrangendo a definição do pressuposto fático do direito, ou seja, a descrição do bem protegido. Contraposto ao âmbito de proteção está o conceito de restrição de direito fundamental que, de modo genérico, consigna afetações desvantajosas, reductoras do espectro do amparo.

Antes de mais, importa ressaltar que as relações especiais de sujeição passaram ao largo do abrigo constitucional no passado. Na Alemanha, a doutrina dominante as excluía do alcance geral de tutela legislativa. Os vínculos específicos e fortes que ligavam determinadas pessoas à Administração lhes impunha um sistema de relações nas quais, o dever de obediência, repelia a possibilidade de invocação de dispositivos legais. O fim perseguido pela potestas estatal determinava que se operasse numa base de confiança, eficiência e disciplina, inconciliáveis com o privilégio exclusivamente individual do gozo das tutelas jurídicas assecuratórias. A preservação de bens e interesses comunitários vinculados à função exercida pelo indivíduo justificava a constrição.

Com o passar do tempo, a teoria evoluiu, ensejando o estabelecimento de doutrinas heterogêneas. Uma propugnando que a compressão da fruição

das fianças constitucionalizadas era indispensável para a manutenção da relação especial de poder; outra entendendo não ser a limitação essencial, devendo a pessoa ser considerada como comum, não submetida a tratamento diferenciado; por decorrência, inadmitia-se garantias restringidas².

Hodiernamente é assente que os cidadãos regidos por estatutos especiais não renunciam a seus direitos, nem se associam voluntariamente a um estatuto de sujeição produtor de contenções. O que caracteriza tal situação é, determinadas relações de vida, serem disciplinadas por um estatuto específico. Esse estatuto, contudo, necessita estar vinculado à *Lex Fundamental*³.

No Brasil, tanto os direitos fundamentais, quanto as relações mantidas entre o sujeito e o Estado que gerem a diminuição do âmbito de proteção, hão de respaldar-se na Constituição. Nesse contexto, concernente aos militares, a Lei Fundamental coarctou faculdades e poderes específicos, devidamente justificados em face das atribuições por eles exercidas.

Certo é que, as experiências de conflito entre valores ou bens jurídicos jus-fundamentalizados permitem afirmar a ausência de direitos absolutos. A razão prescinde de exegese; é porque qualquer deles não pode deixar de ser limitado, no mínimo, pelo espaço necessário aos direitos das outras pessoas. Aliás, nesse sentido, a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já estabelecia no Art. 4º:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não seja prejudicial a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que garantam aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites só podem ser determinados por lei.

² PIMENTEL, L. **A restrição de direitos aos militares das Forças Armadas**. Lisboa: AA-FDL, 2008, 156 p., *et seq.*

³ São requisitos de legitimidade constitucional para as restrições, na lição de Luis Pimentel: “estar expressamente autorizada; processar-se por via de lei formal, estruturada esta em termos gerais e abstractos; ter sentido prospectivo (e não retroactivo); postergar medidas excessivas (desnecessárias, arbitrárias ou injustas porque desproporcionadas); e deixar sempre intocado o núcleo essencial dos direitos afectados”. *Id.*, 166 p.

Vê-se que um preceito do século XVIII identificou conceitos contemporâneos que circundam a ideia de constrição e ponderação, ao proclamar preceitos universalizantes, na maior e mais significativa Declaração até hoje firmada.

Não obstante, sem embargo do enraizamento histórico liberal, exsurtem dilemas. Gomes Canotilho entende que só há falar em restrição de direitos diante de uma efetiva limitação do âmbito de proteção dos próprios. Por outras palavras, somente depois de determinado o respectivo conteúdo e identificados os limites que enquadram a zona da ação normativa é que se pode aquilatar o tipo, a natureza e os fins do condicionamento⁴. Por seu turno, Jorge Miranda adverte que uma das tarefas mais árduas e melindrosas é estabelecer o que seja “conteúdo essencial” dos dispositivos magnos ou dos direitos, liberdades e garantias neles consignados. Identificá-lo e defini-lo revela enorme dificuldade e nunca é consensual e pacificamente delimitável⁵.

E nesse particular, apesar do conteúdo essencial radicar-se na Carta Política, mas não estando pré-definido por ela, ele só se torna cognoscível a partir da intervenção do legislador ordinário, pelo que sua delimitação faz-se, muitas vezes, a partir das regras infraconstitucionais.

Em se tratando do Direito Militar, são os códigos, regulamentos disciplinares e leis pertinentes que acabam por precisar o que seja hierarquia e disciplina e, conseqüentemente, a comprimir mecanismos assecuratórios fundamentalizados pela Lei Maior. A mesma lógica prevalece na regulamentação, modulação e concretização normativa, diante da falta de critérios sólidos para o exercício dessas faculdades pelos poderes públicos.

⁴ Segundo Gomes Canotilho: “existe uma restrição legal de direitos fundamentais quando o âmbito de proteção de um direito fundado numa norma constitucional é directa ou indirectamente limitado através da lei”. Nesse viés, será a legislação ordinária que ampliará ou restringirá as possibilidades de atuação asseguradas pelo direito jusfundamentalizado afetado, ou irá confinar a eficácia de proteção do bem jurídico tutelado. In: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, 1258 p. Assim: “só deve falar-se de uma restrição de direitos quando há uma efectiva limitação do âmbito de proteção desse direito”. Id, p. 446-447.

⁵ MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, Tomo IV, 340 p.

Nesse diapasão, a discussão sobre a possibilidade de conceder-se progressão de regime no âmbito do Direito Penal Milicên, perpassa o inciso XLVIII do art. 5º da Magna Carta, donde se extrai dever ser a sanção “cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

Percorre, por igual, as disposições do Código Criminal Castrense, nomeadamente, os artigos 59 e 61. Vide:

Art. 59. A pena de reclusão ou de detenção até 2 (dois) anos, aplicada a militar, é convertida em pena de prisão e cumprida, quando não cabível a suspensão condicional:

I – pelo oficial, em recinto de estabelecimento militar;

II – pela praça, em estabelecimento penal militar, onde ficará separada de presos que estejam cumprindo pena disciplinar ou pena privativa de liberdade por tempo superior a 2 (dois) anos.

E, ainda, o art. 61:

Art. 61. A pena privativa de liberdade por mais de 2 (dois) anos, aplicada a militar, é cumprida em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar. (grifei)

Da leitura dos articulados, extrai-se que a mens legislatoris buscou diferenciar o local destinado ao cumprimento da restrição privativa de liberdade, consoante a condição do apenado - oficial ou praça -, bem assim, levou em conta o quantum sancionatório aplicado, se superior ou não a um par de anos.

Com tal intuito, previu que o oficial condenado em até dois anos de detenção ou reclusão e cuja pena fosse convertida em prisão, responderia pela

medida constritiva em recinto militar. Também para a praça punida da mesma forma, determinou sua permanência em estabelecimento castrense.

Emerge, assim, da Lex ordinária, qualquer diferenciação entre a detenção e a reclusão, restando ambas equiparadas pelo art. 59 e, sobre elas, não fazendo menção o art. 61.

Da ratio inculpada no art. 59, da Norma Penal Especial, descortina-se a possibilidade de incidência de qualquer uma das modalidades de início de cumprimento sancionatório, determinando-as o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal Comum, no qual se prevê sua fixação com observância dos critérios estipulados pelo art. 59 do mesmo diploma legal.

Concernente ao art. 61 do CPM, restou estabelecido que se o militar for sentenciado à pena acima de dois anos e não houver penitenciária castrense para a constrição de liberdade, deverá ele cumpri-la em penitenciária civil. Por igual, fixou que caso seja ele encarcerado em estabelecimento comum, poderá gozar das concessões previstas na legislação ordinária.

Por causa disso, procedeu a Justiça Militar da União viés interpretativo sobre o Código Criminal Castrense discriminar o tratamento dado a militar punido com agravo superior a dois anos com base, tão só, no local onde se executará a reprimenda, quando deveria ter considerado o estabelecimento e a forma do regime inicial com supedâneo no agravo aplicado ao infrator⁶.

Por óbvio, esta hermenêutica dissocia-se da nova ordem instituída em 1988, merecendo reformulação.

⁶ Anoto o julgado da Corte Superior Militar sobre o tema, *verbis*: MILITAR DA ATIVA. CAPITÃO DO EXÉRCITO. CONDENAÇÃO. PRISÃO EM UNIDADE MILITAR. INAPLICABILIDADE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. “Conforme iterativos julgados desta Corte, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) só é aplicável aos condenados pela Justiça Militar quando recolhidos a estabelecimento prisional sujeito à jurisdição ordinária. Inteligência do artigo 2º, parágrafo único, da supracitada Lei. Não é o caso dos autos. Conhecido do pedido e denegada a Ordem, por falta de amparo legal, restabelecendo-se o regime prisional inicialmente fechado. Decisão majoritária”. (Apelação: 0000007-53.2010.7.00.0000/PE. Min. Rel. Olympio Pereira da Silva Junior. Data da Publicação: 14/6/2010).

Agregue-se aos argumentos, a ausência na positividade penal especial de qualquer previsão acerca da fixação de regime para o cumprimento da privação da liberdade; daí porque, em virtude do disposto no art. 5º, inciso XLVI, da CF, deve-se aplicar o Código Penal comum naquilo que lhe for pertinente.

Consoante lição de Vicente Ráo:

pelo fato de se afastar do direito comum, do qual se destaca adquirindo autonomia, que o direito especial, ou singular, é chamado impropriamente direito de exceção e não porque constitua um sistema de normas opostas aos princípios e regras do direito comum⁷.

Fato é que, para a adequada compressão de direitos ou garantias dos militares das Forças Armadas, necessária previsão na Carta da República. Em que pesem os princípios constitucionais específicos norteadores do Exército, Marinha e Aeronáutica, vg; os garantidores da hierarquia e da disciplina -, não podem eles esbaterem-se, injustificadamente, naqueloutros de igual envergadura, a saber: a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a individualização da sanção, a razoabilidade e a proporcionalidade, estes últimos imanentes da Norma Normarum.

Na lição de Uadi Lammêgo Bulos⁸: “quando alguém desigual a outrem, sem qualquer supedâneo constitucional, estamos diante das discriminações negativas”.

Como ficaria, então, a garantia do conteúdo essencial, mormente considerando que a Constituição Brasileira não outorga autorização geral de restrição de direitos, liberdades e garantias tal como o faz a Constituição Alemã e Espanhola?

A resposta está no sopesamento de valores, o mesmo que serviu para determinar a relevância das instituições que poderiam ensejar as limitações.

⁷ RÁO, V. **O direito e a vida dos direitos**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, 178 p., nota de rodapé n. 15.

⁸ BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, 418 p.

À vista da teoria relativa que propugna a concordância prática e a ponderação, possibilitada está a concreção dos direitos sem tornar impraticáveis os estatutos especiais. Exsurgindo conflitos aparentes, há de se aquilatar o que revela na espécie o maior peso, podendo ocorrer a cedência parcial ou mesmo total do conteúdo essencial da norma a depender da situação.

Afinal, a finalidade legitimada das restrições é a salvaguarda de outros bens jurídicos ou interesses magnos. Às Forças Armadas incumbe a defesa da Pátria, a garantia dos Poderes da República, da lei e da ordem. Não se olvide, outrossim, que o desenvolvimento da política de segurança se insere, contemporaneamente, em um contexto político e estratégico mais alargado, em favor de uma defesa integrada para gerir crises no cenário internacional. Assim, o papel tradicional das Forças Armadas, vem se transmutando para alcançar missões humanitárias, de manutenção ou de imposição de paz.

Tal como explanado, o princípio da proporcionalidade, conhecido como proibição do excesso, sublima a ideia de que as intervenções em preceitos pétreos são possíveis quando idôneas, necessárias e adequadas.

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe a proporcionalidade há de revestir-se de um tríplice fundamento:

- a) a adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado;
- b) a necessidade, a traduzir-se na existência de outro mecanismo menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público;
- c) a proporcionalidade estrito senso, a saber; as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens⁹.

Está-se diante de um “controle de razoabilidade-coerência, de razoabilidade-adequação e de proporcionalidade-necessidade”¹⁰.

⁹ CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 13. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, 23 p. Para um maior desenvolvimento do tema, consultar: BONAVIDES, P. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. GUERRA FILHO, W. S. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: RCS Editora, 2005.

¹⁰ PIMENTEL, L. Op. Cit, 179 p.

Há violação ao princípio, com ocorrência de arbítrio, nas hipóteses em que os meios destinados a realização de um fim não são, por si mesmos, apropriados, ou quando a desproporção entre eles é particularmente evidente. A proporcionalidade pretende balancear a justa medida do sacrifício imposto pela intervenção, a fim de possibilitar o controle do excesso.

Ela propugna a menor ingerência possível, a alternativa menos gravosa, de modo a otimizar o grau de eficácia dos direitos individuais frente às restrições estabelecidas concretamente pelos poderes públicos. Obriga a comparar as medidas restritivas aplicáveis que sejam aptas para a satisfação do objetivo perseguido e a eleger, dentre todas, aquela menos lesiva ao cidadão.

O ponto fulcral da presente análise cinge-se à indagação sobre os limites nos quais a hierarquia e a disciplina fundamentariam o limite. E sobre tal questionamento, o postulado invocado produz uma controvertida ascendência do juiz-executor da justiça material, sobre o legislador, na medida em que a Judicatura atua em espaço mais livre ao examinar e a perscrutar a válida aplicabilidade das leis.

Mais, sendo a proporcionalidade um princípio geral, constitui-se numa “fórmula vazia”, que consente ao aplicador do Direito toda uma latitude de apreciação, donde decorrem duas consequências: a primeira: independer de localização hierárquica (no Brasil, o postulado nem encontra-se inscrito na Constituição); a segunda: tornar possível a justiça do caso concreto, rompendo com a rigidez das regras legislativas abstratas.

O juiz, legislador de terceiro grau, dirimirá os conflitos, legislando entre as partes. Intérprete normativo no ocaso da velha dogmática jurídica, desde o advento da Nova Hermenêutica, o magistrado passou a ser um o legislador casuísta; aquele que tanto na esfera tópica como sistemática dissolve as antinomias do positivismo ou combina, na concretez social e jurisprudencial, a doutrina com a realidade, o dever-ser com o ser e integrado aos quadros teóricos da democracia participativa terá legitimidade para coibir eventuais excessos tanto do Executivo quanto do Legislativo¹¹.

¹¹ In: BONAVIDES P. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, 21 p.

Por consequência, infere-se transcender o exercício da jurisdição a égide do legalismo formal e rígido, para alcançar o legitimismo principiológico e material. Nesse caminhar, o Poder Judiciário, garante da supremacia constitucional, tem sobrelevada sua função de interpretação, construção e integração do Direito. É ele quem harmoniza a ordem jurídico-normativa, de forma a valorizar “a coesão, a congruência e a identidade do sistema”¹².

Na questão ora esbatida, carece motivação racional para o jus puniendi estatal promover tamanha desequiparação em matéria tão sensível ao indivíduo quanto a restrição do jus libertatis, concedendo aos civis e militares encarcerados em presídios comuns a progressão do regime, e negando-a àqueles custodiados em prisões castrenses. Especula-se que a desigualação intentou evitar discrepâncias de tratamento entre os sentenciados militares que se encontrassem cumprindo medida constritiva de liberdade em estabelecimento prisional comum. Outra possibilidade é a notória precariedade dos cárceres no Brasil, a influenciar a concepção discriminatória.

Todavia, a solução encontrada fere o postulado da isonomia, uma vez que, ao pretender equiparar civis e militares custodiados no mesmo local, acabou por diferenciar os segundos, encarcerados em recinto das Forças Armadas, inobservando critério razoável ou justa medida.

A falsa ideia de obstaculizar-se dessemelhanças entre humanos acabou refutada, dando origem a uma situação incongruente onde, uma mera situação factual, totalmente desvinculada do agente ou das circunstâncias nas quais o delito fora perpetrado, é utilizada pelo Juízo para fins de concessão de garantias, devidas em princípio, a todos os condenados, indistintamente.

Consabido extrair-se da equidade, o dever e a necessidade de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Na lição de Singer, “o preceito básico da igualdade não requer tratamento igual ou idêntico; ele requer igual consideração”¹³.

¹² Id, 21p.

¹³ SINGER, P. **Vida ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade**. Rio de Janeiro: Ediouro. 2002, 47p.

Para Uadi Lammêgo Bulos¹⁴:

Como limite ao legislador, a isonomia impede que ele crie normas veiculadoras de desigualdades ilícitas e inconstitucionais. Enquanto limite à autoridade pública, os presidentes da república não podem praticar ações discriminatórias e os membros do Poder Judiciário não devem dar azo, em suas sentenças, ao cancro da desigualdade.

À evidência, não se pode ignorar distinções legítimas, merecendo respeito as especificidades para a real e efetiva edificação do Estado Democrático. Mas, sem embargo das peculiaridades norteadoras das Forças Armadas, mormente no tocante aos pré-falados preceitos da disciplina hierárquica, não guardam eles nenhuma correlação jurídica plausível com a fixação de regime para a execução penal de militar punido sob a égide da Justiça Penal Especializada.

E, neste ponto, justificativas não se alevantam para explicar a razoabilidade de se impor ao oficial ou à praça confinado em prisão militar, o regime fechado, retirando-lhe a possibilidade de progredir. A uma, por afrontar a individualização sancionatória; a duas pela ausência de previsão legal autorizativa.

Incompreensível que, apesar de a Lex Material Castrense diferenciar as penas de detenção e reclusão apenas no tocante à gravidade do delito praticado para fins de aplicação do regime de cumprimento da sanção, haja prevalecido exegese em desfavor do réu, no sentido de dever ele, ao longo de toda constrição da liberdade, submeter-se ao cárcere fechado.

No escólio de José Frederico Marques¹⁵:

o Código Penal atual preferiu o sistema da pluralidade de formas de penas privativas da liberdade, no que andou acertado: além de ser esta a orientação que a ciência penal abraça na atualidade, ela atende melhor à regra programática da Constituição sobre a individualização da pena.

¹⁴ Op. Cit, 419 p.

¹⁵ MARQUES, J. F. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 1999, 176 p.

Mais desarrazoada sobrelava-se a relativização da garantia sob a perspectiva da possibilidade de vaga em presídio castrense; sabido que, em hipótese de sua inexistência, o condenado enviado a estabelecimento prisional civil fará jus à regime inicial diverso do fechado, bem como à progressão.

Indaga-se, pois: em não havendo penitenciárias castrenses disponíveis para a clausura, justificar-se-ia extrair do apenado sua condição de militar, ou, aplicar-se-ia o Código Penal Comum, em regra não aceito?

Segundo esse raciocínio, a ressocialização do criminoso subjaz em segundo plano, em virtude da desestruturação do sistema carcerário brasileiro.

Evidentes o contrassenso e a dissimilitude, na medida em que ora defende-se doutrinariamente não ser aplicável o Direito Penal ordinário à vista do Especial, ora é o primeiro utilizado para assegurar tratamento jurídico isonômico à civis e militares.

Diante de tal problemática, como defender a superveniência do critério da especialidade sem retirar de cena os princípios da igualdade, razoabilidade, proporcionalidade e individualização? Como prevaleceria a equanimidade entre oficiais e praças condenados pelo mesmo crime, em reprimendas idênticas e análogas circunstâncias, se não houver vaga em penitenciária castrense para todos? Poder-se-ia considerar proporcional e razoável o cumprimento de detenção convertida em prisão fixada em seis meses, sob regime fechado, se comparada a outra estabelecida em quatro anos, inicialmente cumprida em regime aberto, pelo simplório argumento desta ser executada em cárcere civil?

Fato não poderem as normas jurídicas prever distinções desautorizadas pela Lei Maior. Na hipótese: [...]

os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena. (...) isso porque, de ordinário, a Constituição federal de 1988, quando quis tratar por modo diferenciado os servidores militares, o fez explicitamente¹⁶.

¹⁶ HC104174/RJ. Min. Relator Ayres Brito. Segunda Turma. Publicado em 18.05.2011.

Dito posicionamento foi o consagrado pela Segunda Turma do STF, no HC 104174/RJ, sob a relatoria do Ministro Carlos Ayres Brito¹⁷.

¹⁷EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL EM ESTABELECIMENTO MILITAR. POSSIBILIDADE. PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). LEI CASTRENSE. OMISSÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO PENAL COMUM E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individualizados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. É dizer: a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Se compete à lei indicar os parâmetros de densificação da garantia constitucional da individualização do castigo, não lhe é permitido se desgarrar do núcleo significativo que exsurge da Constituição: o momento concreto da aplicação da pena privativa da liberdade, seguido do instante igualmente concreto do respectivo cumprimento em recinto penitenciário. Ali, busca da “justa medida” entre a ação criminososa dos sentenciados e reação coativa do estado. Aqui, a mesma procura de uma justa medida, só que no transcurso de uma outra relação de causa e efeito: de uma parte, a resposta crescentemente positiva do encarcerado ao esforço estatal de recuperá-lo para a normalidade do convívio social; de outra banda, a passagem de um regime prisional mais severo para outro menos rigoroso. 2. Os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena. Digo isso porque, de ordinário, a Constituição Federal de 1988, quando quis tratar por modo diferenciado os servidores militares, o fez explicitamente. Por ilustração, é o que se contém no inciso LXI do art. 5º do Magno Texto, a saber: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Nova amostragem está no preceito de que “não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares” (§ 2º do art. 142). Isso sem contar que são proibidas a sindicalização e a greve por parte do militar em serviço ativo, bem como a filiação partidária (incisos IV e V do § 3º do art. 142). 3. De se ver que esse tratamento particularizado decorre do fato de que as Forças Armadas são instituições nacionais regulares e permanentes, organizadas com base na hierarquia e disciplina, destinadas à Defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (cabeça do art. 142). Regramento singular, esse, que toma em linha de conta as “peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra” (inciso X do art. 142). 4. É de se entender, desse modo, contrária ao texto constitucional a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade sob regime integralmente fechado em estabelecimento militar, seja pelo invocado fundamento da falta de previsão legal na lei especial, seja pela necessidade do resguardo da segurança ou do respeito à hierarquia e à disciplina no âmbito castrense. 5. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo da execução penal que promova a avaliação das condições objetivas e subjetivas para progressão de regime prisional, na concreta situação do paciente, e que aplique, para tanto, o Código Penal e a Lei 7.210/1984 naquilo que for omissa a Lei castrense. **HC 104174**. Relator: Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 29/3/2011, DJe-093 DIVULG 17-5-2011 PUBLIC 18-5-2011 EMENT VOL-02524-01 PP-00118.

Relembre-se que o postulado da isonomia descortina-se como método interpretativo, porquanto: (...) “o juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégios, de espécie alguma. E, como o juiz, assim deverá proceder todo aquele que tiver de aplicar uma lei”¹⁸.

Inquestionável a supressão da liberdade afetar o ser humano, física e psicologicamente. Não é porque o sentenciado é militar que não sofrerá as idênticas penúrias da prisão, tal qual o civil. Imperiosa, portanto, a incidência dos benefícios garantistas da reinserção, a exemplo da progressão de regime, mormente considerando-se que o preso retornará ao convívio social.

Rememore-se a função pedagógica da reprimenda estatal, cujo escopo transcende a punição e a prevenção, para almejar a reeducação do detento. Decerto, essa última finalidade será melhor alcançada com a reintegração progressiva do excluído na sociedade.

Ademais, a individualização não se esgota na fixação do agravo propriamente dito; vai além e engloba as modalidades de seu cumprimento em observância à situação pessoal de cada um, de modo a autorizar a concessão de benesses ao agente infrator quando lhe for de direito ou retirar-lhe se desmerecedor.

Nesse diapasão, a Súmula nº 719 do STF, preceitua que : “a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

Por certo, a existência de prisão castrense não configura argumentação jurídica idônea para a imposição de regime integralmente fechado ao sentenciado militar nela encarcerado. Tampouco, num raciocínio a contrario sensu, sua ausência, não justificaria conceder-lhe a progressão de regime automaticamente e sem a observância dos ditames normativos, apenas por ele encontrar-se em cárcere civil.

Para além, incongruente a impossibilidade da progressão diante da possibilidade do livramento condicional, autorizado pelo CPM.

¹⁸ FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, 33. ed. rev. e atual., 282 p.

Semelhante indignação, manifestou-a o Ministro Marco Aurélio nas bem lançadas razões de voto proferidas em sede do *Habeas Corpus* nº 69.657-1/SP, no qual suscitou-se a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990. Abaixo excerto da decisão, *litteris*:

Por sinal, a Lei nº 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime. É que, pelo artigo 5º da Lei nº 8.072/90, foi introduzido no artigo 83 do Código Penal preceito assegurando aos condenados por crimes hediondos, pela prática de tortura ou terrorismo e pelo tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de alcançarem a liberdade condicional, desde que não sejam reincidentes em crimes de tal natureza – inciso V. Pois bem, a Lei em comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, em flagrante descompasso, benefício maior, que é o livramento condicional. Descabe a passagem do regime fechado para o semi-aberto, continuando o incurso nas sanções legais a cumprir pena no mesmo regime. No entanto, assiste-lhe o direito de ver examinada a possibilidade de voltar à sociedade, tão logo transcorrido quantitativo superior a dois terços da pena.

De igual forma decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em processo sob a relatoria do Min. Gilson Dipp¹⁹. Leia-se:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. EXECUÇÃO DA PENA EM ESTABELECIMENTO PENAL MILITAR. PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO CASTRENSE. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL NOS CASOS OMISSOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

¹⁹ HC 215765/RS. Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 17/11/2011.

REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS EXAMINADOS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA.

I. Hipótese em que o paciente, cumprindo pena em estabelecimento militar, busca obter a progressão de regime prisional, tendo o Tribunal a quo negado o direito com fundamento na ausência de previsão na legislação castrense.

II. Em que pese o art. 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, indicar a aplicação da lei apenas para militares “quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”, o art.3º do Código de Processo Penal Militar determina a aplicação da legislação processual penal comum nos casos omissos.

III. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus n.º 104.174/RJ, afirmou que a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade no regime integralmente fechado em estabelecimento militar contraria, não só o texto constitucional, como todos os postulados infraconstitucionais atrelados ao princípio da individualização da pena.

IV. Pela observância deste princípio, todos os institutos de direito penal, tais como, progressão de regime, liberdade provisória, conversão de penas, devem ostentar o timbre da estrita personalização, quando de sua concreta aplicabilidade.

V. Deve ser cassado o acórdão combatido para reconhecer o direito do paciente ao benefício da progressão de regime prisional, restabelecendo-se a decisão do Juízo de 1º grau, que verificou a presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei e fixou as condições para o cumprimento da pena no regime mais brando.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

Tal como colocado, incontestável a desconformidade hierárquica da exegese estigmatizante do artigo 61 do Codex Milicien, em face da Norma Nor-

marum. Obstaculizar direito fundamental de progredir no cumprimento da sanção, impondo a permanência de sentenciado militar em presídio castrense até o final da reprimenda, viola o conceito de justiça e individualização, bem como afronta princípios máximos clausulados como pétéros. A intervenção restritiva aos direitos dos cidadãos submetidos às relações especiais de sujeição, há de ser adequada à salvaguarda dos direitos, interesses ou valores de relevância constitucional; há de ser necessária à obtenção desse fim e há de conter a justa medida de modo a denotar equilíbrio em relação aos benefícios alcançáveis por meio da intervenção²⁰.

Atente-se à condição dos réus com menos de dois anos, aos quais não é dado, sequer, o livramento condicional, nas situações excepcionalíssimas do art. 88 do CPM. Aí, sem embargo da menor gravidade delitiva, deverão eles cumprir a condenação em “regime integral de permanência em estabelecimento militar”.

A propósito, o confinamento absoluto no cárcere, teve a validade expurgada pela Suprema Corte, quando declarou a inconstitucionalidade da Lei 11.464/2007, que alterou a Legislação dos Crimes Hediondos, impedindo a progressão de regimes aos agentes nela condenados²¹.

Invalidada, jurisprudencialmente, inadmissível juízo hermenêutico tão desfavorável aos crimes militares, em tese menos ofensivos do que os hediondos, sem justificativa jurídica válida, a não ser, o local da prisão.

Em conclusão, imperativa interpretação inovadora sobre a inteligência do art. 61 do Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969, para autorizar a prevalência das conquistas implementadas pela Lei de Execução Penal. Dita exegese sobrelevará a lógica que advém da racionalidade jurídica, uma vez que, ante a complexidade em demarcar as fronteiras das restrições nas relações especiais de sujeição, cabe ao Poder Judiciário salvaguardar o conteúdo essencial dos direitos coarctados.

²⁰ PIMENTEL, L. Op. Cit, 178 p.

²¹ **HC 82959/SP**, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795.

Nesse universo, a atuação jurisdicional não só explicitará a normação legítima, como contribuirá para o rearranjo institucional do sistema político democrático, sabido que o infrator – civil ou militar – permanece sendo um partícipe do Contrato Social.

7. REFERÊNCIAS

BONAVIDES, P. **Os Poderes Desarmados. À margem da Ciência Política, do Direito Constitucional e da História.** Figuras do passado e do presente. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BONAVIDES, P. . **Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BONAVIDES, P. . **Teoria Constitucional da Democracia Participativa.** 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2005, p. 23.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1992.

FRANCO, A. A. **Código de Processo Penal.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1960.

GRINOVER, A. P. **O processo em sua unidade.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GUERRA FILHO, W. S. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005.

MARQUES, J. F. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Atualizada. Campinas: Millennium, v. II, 2000.

MIRABETE, J. F. **Código de Processo Penal Interpretado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, tomo IV.

NUCCI, G. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, G. . **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIMENTEL, L. **A restrição de direitos aos militares das Forças Armadas**. Lisboa: AAFDL, 2008.

RANGEL, P. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

RÁO, V. **O direito e a vida dos direitos**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

ROSA, B. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SINGER, P. **Vida ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade**. Rio de Janeiro: Ediouro. 2002.

TOURINHO FILHO, F. C. **Processo Penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2007.

TUCCI, R. L. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed.

