

# Revista do Ministério Público Militar

Brasília - DF

2018



**República Federativa do Brasil**  
**Ministério Público da União**  
**Ministério Público Militar**

Procuradora-Geral da República  
**Raquel Elias Ferreira Dodge**

Procurador-Geral de Justiça Militar  
**Jaime de Cassio Miranda**

Vice-Procurador-Geral de Justiça Militar  
**Roberto Coutinho**

Coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão do MPM  
**Clauro Roberto de Bortolli**

Corregedor-Geral do MPM  
**Giovanni Rattacaso**

**Conselho Editorial**

**Helena Mercês Claret da Mota**  
Promotora de Justiça Militar – Coordenadora

**Adriano Alves-Marreiros**  
Promotor de Justiça Militar

**Claudio Martins**  
Promotor de Justiça Militar

**Romana de Castro**  
Secretária

# Revista do Ministério Público Militar

Ano XLIII - Número 28 - Julho de 2018

Brasília - DF

Revista do Ministério Público Militar

Uma publicação do Ministério Público Militar

Ministério Público Militar

Setor de Embaixadas Norte, Lote 43

CEP: 70800-400

Brasília - DF

Telefone: (61) 3255-7308

Homepage: <http://www.mpm.mp.br>

Capa: Adriano Alves/Alessandra Duarte

Revisão: Romana de Castro

Revisão de texto em inglês: K. Christine Scarpinato

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

---

Revista do Ministério Público Militar. – Ano 1, n.1 (1974) – ano 43, n. 28 (jul. 2018). – Brasília : Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974–

Anual

Continuação de: Revista do Direito Militar, 1974–1984.

ISSN 0103-6769

I - Brasil. Ministério Público Militar

---

# Apresentação

Texto

Jaime de Cassio Miranda

Procurador-Geral de Justiça Militar



# Editorial

Texto

Conselho Editorial



# Sumário

## **Nota técnica**

Constitucionalidade da prisão em 2ª instância e não violação da presunção de inocência, 13

## **Artigos inéditos**

Revista pessoal, 25

A competência da Justiça Militar da União para julgar crimes cometidos em operações para garantia da lei e da ordem, 41

Operações de Garantia da Lei e da Ordem: competência da Justiça Militar da União para processar e julgar civis, 69

Condição de prosseguibilidade no crime de deserção: necessidade de uniformização jurisprudencial entre o STM e o STF, 111

Uma análise crítica do controle jurisdicional sobre o poder disciplinar na esfera militar federal, 137

Perícia criminal militar: uma análise para peritos e usuários da perícia castrense, 159

Justiça Militar em tempo de guerra, 181

## **Artigos de grande repercussão**

Você já reparou como tem gente que adora bandido no Brasil? É uma coisa impressionante!, 225

Senhor Juiz, 229

## **Iniciação científica**

Quem vigia os vigilantes: o uso da força por parte do Conselho de Segurança, 233



Nota técnica



# **Nota técnica:** constitucionalidade da prisão em 2ª instância e não violação da presunção de inocência

**Assinada por mais de seis mil membros do Ministério Público e do Poder Judiciário**

O princípio da presunção de inocência, ao longo dos tempos, evidenciou-se de extremo valor para a liberdade individual e a sociedade civilizada. Suas implicações, no entanto, jamais foram reputadas absolutas.

Não se trata de cláusula meramente declaratória em benefício exclusivo de um cidadão, mas sim de parâmetros para o exercício legítimo da atividade de persecução criminal em favor da subsistência da sociedade. Embora se firme no amplo significado da presunção de inocência, ora regra de tratamento, ora regra de juízo, ora limitador da potestade legislativa, ora condicionador das interpretações jurisprudenciais, o referido princípio, enquanto tratamento dispensado ao suspeito ou acusado antes de sentença condenatória definitiva, tem natureza relativa.

A propósito, o termo ‘presunção de inocência’, se analisado absolutamente, levaria ao paroxismo de proibir até mesmo investigações de eventuais suspeitos, sem mencionar a vedação de medidas cautelares constritivas no curso de apurações pré-processuais, ensejando, conseqüentemente, a inconstitucionalidade de qualquer persecução criminal. Contudo, normativamente, a presunção de inocência não consubstancia regra, mas princípio, que não tem valor absoluto, pelo que deve ser balizado por outros valores, direitos, liberdades e garantias constitucionais. Por tais razões, o princípio da presunção de inocência deve ser ponderado, a fim de que não se exacerbe a proteção de sujeitos à persecução criminal, em detrimento dos valores mais relevantes para a sociedade.

A interpretação do princípio da presunção de inocência deve-se operar em harmonia com os demais dispositivos constitucionais, em especial, os que se relacionam à justiça repressiva. O caráter relativo do princípio da presunção de inocência remete ao campo da prova e à sua capacidade de afastar a permanência da presunção. Há, assim, distinção entre a relativização da presunção de inocência, sem prova, que é inconstitucional, e, com prova, constitucional, baseada em dedução de fatos suportados ainda que por mínima atividade probatória.

Disso decorre que não é necessária a reunião de determinada quantidade de provas para mitigar os efeitos da presunção de inocência frente aos bens jurídicos superiores da sociedade, a fim de persuadir o julgador acerca de decreto de medidas cautelares, por exemplo; bastando, nesse caso, somente indícios, pois o direito à presunção de inocência não permite calibrar a maior ou menor abundância das provas.

Ademais, o princípio da livre convicção motivada remete à livre ponderação dos elementos de prova pelo Judiciário, de um ponto de vista objetivo e racional, a quem corresponde apreciar o seu significado e transcendência, a fim de descaracterizar a inocência, de caráter *iuris tantum*, ante a culpabilidade. Para se poder afirmar que determinado sujeito praticou um delito, é preciso que se tenha obtido prova, cumprindo-se as formalidades legais, e que o julgador haja valorado corretamente a prova.

Nem mesmo a Declaração de Direitos pretendeu que a presunção de inocência tivesse valor absoluto, a ponto de inviabilizar qualquer constrangimento à liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme dispõe, em seu artigo 9º, contrariamente à aplicação de qualquer medida restritiva de liberdade, salvo arbitrárias (Art. 9º - “Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado”). Certo é que a instituição do princípio da presunção de inocência deu-se para atenuar a violação do *status libertatis* do sujeito,

seja como investigado, seja como réu, que, antes, abria margens a formas degradantes de colheita de prova, permitindo-se até mesmo tortura.

Se o direito constitucional e processual, ao perseguir determinados fins, admite restrições entre os princípios (a verdade material é restringida pela proibição de prova ilícita), se há elasticidade na própria dignidade humana (como exemplos: mãe, doente terminal que doa seu órgão vital para salvar seu filho; o condenado à morte que renuncia a pleitear o indulto; o militar, por razões humanitárias, dispõe-se a realizar missão fatal para salvar a vida de milhares de pessoas), não é menos admissível a restrição do princípio da presunção de inocência, cuja aplicação absoluta inviabilizaria até mesmo o princípio da investigação e da própria segurança pública.

Evidencia-se, destarte, a necessária revisão dos “tradicionalis conceitos dogmáticos de culpa, culpabilidade e pena, reescrevendo um panorama teórico mais realista e factível, intimamente relacionado às modernas demandas sociais” e o combate à macrocriminalidade organizada.

Hoje, as relações econômicas tendem a ser impessoais, anônimas e automáticas, possibilitando, por conseguinte, uma criminalidade organizada pautada em aparatos tecnológicos, caracterizada pelo racionalismo, astúcia, diluição de seus efeitos e, assim, a garantia da permanência da organização está na execução de procedimentos de inteligência que minem os operadores do sistema para a persecução e sanção penal. Nesse contexto, as organizações criminosas absorvem agentes públicos, corrompendo ações do Estado.

Tratando-se, pois, de crime organizado, a sociedade é duplamente agredida, isto é, verifica-se prejuízo social nefasto oriundo das ações criminosas e prejuízo oriundo das ações artificiais do Estado que, impotente para evitar e prevenir o grave delito, ilude a sociedade com a imagem de eficiência funcional da investigação criminal. Mais grave é a deterioração da própria

democracia, porquanto, ao adquirir poder de controle econômico e político, o crime organizado passa a ocupar posições de “autoridades democráticas”.

Torna-se, assim, imprescindível recuperar a capacidade de executar adequadamente as penas, porque a ineficácia da persecução penal estatal não se situa na dosagem das penas, mas na incapacidade de aplicá-las. “A regulamentação legal dos fenômenos humanos deve ter em vista a implementação da lei, ou seja, como se dará, concretamente, sua aplicação, circunstância que não tem sido objeto de preocupação frequente de nossos legisladores”.

Desse modo, a condenação em segundo grau deve viabilizar o cumprimento das sanções penais, inclusive as privativas de liberdade, ainda que haja recurso extraordinário ou especial ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, tendo, inclusive, essa última Corte já pacificado o entendimento na Súmula 267: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

Ademais, no plano internacional, a prisão após a condenação em 2ª instância é admitida nos Estados Unidos da América e países da Europa (França, Alemanha e Portugal). A título de esclarecimento, em Portugal, o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça é de que o arguido preso em situação de prisão preventiva, no momento em que vê a sua situação criminal definida por acórdão condenatório do Supremo, deixa de estar em situação de prisão preventiva para estar em situação análoga à de cumprimento de pena, mesmo que do acórdão condenatório tenha sido interposto recurso, que impeça o trânsito em julgado da decisão condenatória, para o Tribunal Constitucional. Segundo o Supremo Tribunal de Justiça, o recurso de constitucionalidade não tem a natureza de recurso ordinário nem respeita diretamente à decisão que, conhecendo do mérito da causa, ordenou e manteve a prisão, pois é um recurso restrito

à matéria de constitucionalidade, não se traduzindo numa declaração de nulidade do acórdão recorrido e, uma vez interposto tal recurso, não há a necessidade da análise de expiração dos prazos da prisão cautelar na data da decisão.

Na perspectiva histórica das Cortes brasileiras, a admissibilidade da execução provisória, na verdade, está em consonância com entendimentos anteriores sobre a recepção do artigo 594 do Código de Processo Penal (CPP), que tratava da necessidade do réu ser recolhido à prisão para poder apelar, a não ser que fosse primário e de bons antecedentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça posicionou-se, num primeiro momento, pela recepção do artigo 594 do CPP pela Constituição brasileira de 1988, passando a exigir posteriormente alguns requisitos subsidiários à exigência da prisão para apelar.

A edição da Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça brasileiro (“A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”) demonstrou claramente o posicionamento jurisprudencial firme quanto à ausência de contradição entre o artigo 594 do CPP e o princípio da presunção de inocência, que podem ser observadas nas decisões abaixo transcritas:

*RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. NECESSIDADE DE PRÉVIO RECOLHIMENTO A PRISÃO (ART. 594 DO CPP). ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE DESSA EXIGÊNCIA COM O PRECEITO DO ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO.*

*Improcedência dessa alegação já que a prisão provisória processual, como providência ou medida cautelar, está expressamente prevista e permitida pela Constituição em outro inciso do mesmo artigo 5º (inciso LXI). No caso, a prisão decorre de mandado judicial (art. 393, I, do CPP). Primariedade e bons antecedentes são dois requisitos que não se confundem, podendo*

*verificar-se o primeiro e estar ausente o segundo. Recurso de 'Habeas Corpus' a que se nega provimento. (STJ, RHC 270/SP - 1989/0010264-8, Min. ASSIS TOLEDO, 5ª T., v.u., j. 25.10.1989)*

*PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL.*

*I – A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível (CPP, Art. 393, I), tanto quanto a prisão do condenado para poder apelar (CPP, Art. 594), é de natureza processual, compatibilizando-se, por isso, com o princípio inscrito no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da decisão condenatória*

*II – O efeito meramente devolutivo dos recursos extraordinário ou especial, pela mesma razão, também não se choca com o princípio constitucional mencionado.*

*III – Pedido indeferido. (STJ, HC 84/SP - 1989/0009250-2, Min. CARLOS THIBAU, 6ª T., v.u., J. 31.10.1989)*

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. PRETENSÃO DE AGUARDAR JULGAMENTO DE APELAÇÃO EM LIBERDADE. ART. 594, DO C.P.P.*

*I – O artigo 594, do Código de Processo Penal, que tem o escopo de abrandar o princípio da necessidade do recolhimento à prisão para apelar, só alcança quem, ao tempo da decisão condenatória, esteja em liberdade. Não beneficia aqueles que já se encontram presos provisoriamente, pois, um dos efeitos da sentença condenatória é ser o condenado conservado na prisão (Art. 393, inciso I, C.P.P.).*

*II – Recurso improvido. (STJ, RHC 2995/ES - 1993/0023100-6, Min. PEDRO ACIOLI, 6ª T., v.u., J. 21.9.1993)*

Os julgados sustentam a não revogação da norma processual acima referida diante da presunção de inocência, resguardando a manutenção do status

quo estabelecido pelo Código Processual Penal de 1941. Declarou-se assim a compatibilidade entre os princípios consagrados nos incisos LXI e LXVI, ambos do artigo 5º e o artigo 594 do CPP. Vale dizer que a prisão cautelar poderá ser efetuada por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, quando ausente permissão legal para a liberdade provisória.

Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal declarou válido o artigo 594 do CPP frente à Constituição brasileira de 1988, inclusive, frente à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de San José da Costa Rica”), exigindo, assim, a prisão como requisito indispensável ao recurso de apelação.

*PENAL. PROCESSUAL PENAL. “HABEAS CORPUS”. RÉU CONDENADO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DETERMINAÇÃO NO SENTIDO DA EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO CONTRA O RÉU. PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. C.F., ART. 5., LVII. C.P.P., ART. 594.*

*I. – O direito de recorrer em liberdade refere-se apenas a apelação criminal, não abrangendo os recursos extraordinário e especial, que não tem efeito suspensivo.*

*II. – A presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – C.F., art. 5º, LVII – não revogou o artigo 594 do C.P.P.*

*III. - Precedentes do STF. IV. - H.C. indeferido. (HC 72741/RS, Min. CARLOS VELLOSO, 2ª T., v.u., J. 1.9.1995)*

*EMENTA: HABEAS-CORPUS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INDEFERIMENTO. DECISÃO FUNDAMENTADA. ARTIGO 594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECEITO NÃO REVOGADO PELO ARTIGO 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.*

*1 – Recurso de apelação interposto pelo Ministério Público. Provimento para submeter o paciente a novo julgamento, pelo Júri, sem o direito de recorrer em liberdade. Questão superada pelo advento da sentença condenatória que vedou esse direito em decisão fundamentada.*

*2 – É pacífico, nesta Corte, o entendimento de que o artigo 594 do Código de Processo Penal não foi revogado pelo artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que instituiu o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. Habeas-Corpus prejudicado. (HC 80548/PE, Min. MAURÍCIO CORREA, 2ª T., v.u., J. 20.2.2001)*

No entanto, o reconhecimento do caráter instrumental da prisão decorrente da sentença condenatória recorrível sofreu novamente malabarismos da doutrina e da jurisprudência brasileira para reconhecê-la como forma excepcional de execução provisória da pena imposta em sentença condenatória, com recurso exclusivo da defesa, para o fim de beneficiar o condenado-presos dos direitos consagrados na Lei de Execução Penal (progressão ou cumprimento inicial em regime aberto ou semiaberto, livramento condicional, remição da pena pelo trabalho etc.), na “...consideração de que o princípio da presunção de inocência foi, constitucionalmente, articulado para favorecer e, não, para prejudicar o acusado.” Denota-se, neste caso, uma hipótese de antecipação dos efeitos da condenação transitada em julgado, cuja restrição do princípio da presunção de inocência é justificada pelo princípio constitucional do favor rei.

O preceito foi trabalhado flexivelmente pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro para favorecer o acusado, conforme se verifica na Súmula 716, que possibilita a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime prisional menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Destaque-se, por fim, que a prisão em 2ª instância também está em consonância com a jurisprudência do próprio STF, com base em outro precedente julgado em 2005 (HC 86.125/SP, Ellen Gracie, DJ: 2/09/05). A partir dessa decisão, pacificou-se no STF o entendimento, no sentido de que com o esgotamento da instância ordinária, que ocorre no Tribunal de segundo grau (tribunais de justiça, TRFs e STM) não corre prescrição da

pretensão punitiva, mas inaugura a contagem do prazo de prescrição da pretensão executória da pena. Ressalte-se: só corre o prazo de prescrição executória à medida que é possível executá-la, isto é, a partir da decisão condenatória da 2ª instância.

Nessa direção, mais recentemente, vale destacar que o STF, em sede de repercussão geral, ratificou, a adequação da prisão após condenação em 2ª instância:

*EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016 ).*

Ademais, coerentemente com o afastamento do princípio da presunção de inocência e pelo início da execução da sanção penal depois do julgamento condenatório de 2ª instância, o próprio STF, ao julgar o RE 696533/SC, em 6 de fevereiro de 2018, Relator o Min. Luiz Fux e Redator do acórdão, o Min. Luiz Barroso, determinou que o prazo prescricional da prescrição da pretensão executória conta-se não da data do trânsito em julgado para a acusação (artigo 112, I do Código Penal), mas sim levando em consideração

o esgotamento da instância ordinária, a partir da qual só cabem os recursos extraordinário e especial que não possuem efeito suspensivo.

Por todos esses argumentos, nada justifica que o STF altere o que vem decidindo, no sentido de que é juridicamente adequado à Constituição da República o início do cumprimento da sanção penal a partir da decisão condenatória de 2ª instância. A mudança da jurisprudência, nesse caso, implicará a liberação de inúmeros condenados, seja por crimes de corrupção, seja por delitos violentos, tais como estupro, roubo, homicídio etc.

Artigos inéditos



# Revista pessoal

**Márcio Luís Chila Freyesleben**

Promotor de Justiça

**RESUMO:** A revista pessoal, quando realizada no exercício da atividade de polícia judiciária, é uma atividade vinculada e, portanto, deve ser feita nos estritos limites da lei processual penal, sob pena de abuso de autoridade. A busca pessoal, quando realizada nas atividades de polícia preventiva, é ato discricionário e, portanto, obedece às regras de conveniência e oportunidade da autoridade administrativa.

**PALAVRAS-CHAVES:** Revista pessoal. Atividade de Polícia Judiciária. Lei Processual Penal. Abuso de autoridade. Polícia preventiva. Autoridade administrativa.

## ENGLISH

**TITLE:** Personal search.

**ABSTRACT:** The personal search, when performed in the exercise of judicial police activity, is a linked activity and therefore must be done within the strict limits of criminal procedural law, under penalty of abuse of authority. The personal search, when performed in the preventive police activities, is a discretionary act and, therefore, obeys the rules of convenience and opportunity of the administrative authority.

**KEYWORDS:** Personal search. Judicial Police Activity. Criminal Procedure Law. Abuse of authority. Preventive police. Administrative authority.

## SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O poder de polícia – 2.1 Poder de Polícia Administrativa e de Polícia Judiciária – 3 Ciclo de Segurança Pública – 4 A Polícia e o Policiamento – 5 Discricionariedade e Vinculação – 6 A Revista Pessoal – 6.1. A Revista Pessoal Investigativa: fator subjetivo – 6.2. A Revista Pessoal Preventiva: fato objetivo – 7 Conclusão.

### 1 INTRODUÇÃO

A revista pessoal é uma diligência policial que se realiza, por via de regra, sem mandado judicial, para a busca de material proibido ou suspeito. É o procedimento mais informal e mais corriqueiro da atividade policial, utilizado não apenas para colher elementos de convicção nas investigações criminais, mas também para prevenir a ocorrência de ilícitos nas atividades de segurança pública em geral. Procede-se à revista pessoal não apenas em suspeitos de crime, senão também em pessoas que, conquanto insuspeitas de prática de crime, ingressam em estádios de futebol, circulam por aeroportos, adentram presídios e cadeias públicas, para citar apenas alguns exemplos.

O objetivo deste pequeno artigo é discutir os aspectos legais da diligência. Tal se mostra necessário porque o intérprete, ao consultar o artigo 182 do CPPM ou o artigo 244 do CPP, poderá deparar-se com uma objeção aparentemente invencível. É que, de acordo com os referidos dispositivos, a busca destina-se a colher elementos de convicção para a ação penal. Dentro da regulamentação processual penal, a busca visa à apreensão de instrumentos de crime e de elementos de prova; em outras palavras, destina-se à constituição do *corpus delicti*. Nos termos da lei processual penal, não há como enquadrar, por exemplo, a revista levada a efeito em aeroportos, em estádios esportivos, ou mesmo aquelas realizadas em blitz, porque nestes casos não se tem em vista a constituição de um corpo de delito, não há uma investigação policial em curso com a finalidade de instruir uma ação penal.

A importância do tema assoma quando as Forças Armadas são convocadas para atuar na segurança pública. Não raro militares do Exército, da Marinha e da Aeronáutica se veem envolvidos nos afazeres da Polícia Militar, procedendo à revista de transeuntes em entradas de favelas, em pontos de aglomeração ou em locais ermos. Em todos estes casos, as regras ditadas pelo CPP e pelo CPPM não os socorrem; ao contrário, antes os confundem.

O perfeito entendimento do tema exige a compreensão, ainda que superficialmente, dos principais aspectos do poder de polícia.

## 2 O PODER DE POLÍCIA

Com efeito, “um dos deveres primordiais do Estado é garantir o exercício de todos os direitos individuais, isto é, aqueles direitos essenciais à vida e inerentes à personalidade humana. A humanidade vem conquistando a garantia desses direitos à custa dos maiores sacrifícios, e contra a destruição das conquistas da civilização todos os povos se têm levantado, para que se possam manter íntegros os direitos e prerrogativas individuais. Mas a garantia dessas liberdades não pode constituir uma causa de subversão da ordem e do equilíbrio jurídico, a garantia das liberdades individuais, ligadas à vida, à liberdade, à propriedade, ao exercício das atividades econômicas, não pode constituir a origem de uma situação que atinja o equilíbrio jurídico, a harmonia dos interesses econômicos ou morais, assegurados pela afirmação do princípio fundamental acima formulado. Esta faculdade de manter os interesses coletivos, de assegurar os direitos individuais feridos pelo exercício de direitos individuais de terceiros, é que constitui, em sua essência, o poder de polícia”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Themístocles Brandão Cavalcanti, in “Tratado de Direito Administrativo”, pág. 364, vol. V, 2ª ed., 1950, Editora Freitas Bastos.

Em sentido amplo, portanto, o “poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.<sup>2</sup> Dito de outro modo, é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração, para conter os abusos de direito individual, por meio do qual “detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional”.<sup>3</sup>

## **2.1. Poder de Polícia Administrativa e de Polícia Judiciária**

É clássica a distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária. Em apertada síntese, pode-se afirmar que a polícia judiciária investiga as infrações penais (crimes e contravenções penais) que a polícia administrativa não logrou prevenir, reúne as provas e apresenta os infratores à Justiça, para punição. A polícia administrativa, por sua vez, é desdobrada em geral e especial. “Seria geral a que se destina a garantir genericamente a segurança pública e a defesa dos bons costumes. As polícias especiais têm por objeto a prevenção em determinados setores da vida social, o que origina a polícia sanitária, a polícia econômica, a polícia dos transportes e da viação, a polícia do trabalho (...)”.<sup>4</sup> Aqui não se cuidará da polícia administrativa especial; será a polícia administrativa geral o centro da questão, porque diz respeito especificamente à segurança pública, razão por que pode ser referida também como polícia de segurança

---

<sup>2</sup> Hely Lopes Meirelles, in “Direito Administrativo Brasileiro”, pág. 92, 11ª ed., 1985, Editora RT.

<sup>3</sup> Hely Lopes Meirelles, op. cit., pág. 92.

<sup>4</sup> Marcelo Caetano, in “Princípios Fundamentais do Direito Administrativo”, pág. 344, 1ª ed., 1977, Editora Forense.

pública. A polícia administrativa geral, ou polícia de segurança pública, “tem por objeto prevenir a criminalidade em relação à incolumidade pessoal, à propriedade, à tranquilidade pública e social”.<sup>5</sup>

### 3. Ciclo de Segurança Pública

O desejável é o estado de ordem pública. Por vezes, no entanto, a ordem pública é quebrada. Cumpre ao Estado mantê-la e, se quebrada, restitui-la. Por isso, age preventivamente (*a priori*), para manter a ordem, e age repressivamente (*a posteriori*), para restabelecer a ordem, devolvendo, na medida do possível, o *statu quo ante*. Ao exercício completo dessa ação circular, dá-se aqui o nome de ciclo de segurança pública.

Pois bem, é de conhecimento disseminado a divisão da polícia em duas atividades distintas: preventiva e repressiva. A atividade de polícia será preventiva quando agir para impedir que o ilícito ecloda; será repressiva quando atuar para apurar o ilícito cometido. A essa divisão, adiciona-se uma outra: a da polícia ostensiva e a da polícia judiciária. A polícia ostensiva realiza policiamento preventivo (por isso deve ser ostensiva) e a polícia judiciária realiza policiamento repressivo, recolhendo elementos de prova que, em última análise, destinam-se ao Poder Judiciário (por isso é dita judiciária).

Essa classificação é imperfeita porque não revela a realidade do ciclo de segurança pública. Os verdadeiros contornos ficam ausentes, o que contribui para confundir o intérprete.

---

<sup>5</sup> Mário Masagão, in “Curso de Direito Administrativo”, pág. 186, 3ª ed., Editora Max Limonad.

Dentro do ciclo de segurança pública, a atividade policial desenvolve-se de modo preventivo e repressivo: primeiro previne, depois reprime. Ensina Marcelo Caetano que “o objeto próprio da polícia é a prevenção dos perigos de danos sociais. Mas essa ação acauteladora, essa vigilância para evitar os danos pode exercer-se em várias oportunidades”.<sup>6</sup> Prossegue mais adiante: “Mas se o fato ocorreu e o dano já está produzido, importa atalhar de modo a restringi-lo sem deixar ampliar.”<sup>7</sup>

Para a exata compreensão da lição do ilustre professor lusitano, é preciso ter em mente que nem toda infração à lei importa em crime. Inúmeras são as condutas ilícitas que não tipificam infração penal. O poder de polícia estatal estende-se por uma gama considerável de condutas, tipificando-as como ilícitos meramente administrativos. Os exemplos são os mais variados, estendendo-se pelas atividades de trânsito, vigilância sanitária, construção, etc., sem nenhuma repercussão criminal.

Sempre que houver a quebra da ordem pública por infração à norma legal, mas sem repercussão criminal, segue-se à atividade de policiamento preventivo, ininterruptamente, a atividade de policiamento repressivo, para o restabelecimento da ordem, dentro da esfera da própria atividade administrativa. “Por outro lado, se o dano consistir na violação de uma norma penal, a impunidade do violador constituiria a confissão pública de ineficácia da lei e um incentivo a novas violações: há que intervir para investigar os termos em que se verificou a infração e descobrir o infrator, de modo a habilitar o Ministério Público a perseguir o responsável perante os tribunais. Este é o objeto do ramo da polícia judiciária e que não é,

---

<sup>6</sup> “Princípios Fundamentais do Direito Administrativo”, pág. 341 e 342, 1ª ed., 1977, Editora Forense.

<sup>7</sup> *Idem*, pág. 342.

de modo nenhum, uma atividade repressiva: a repressão dos crimes compete aos tribunais”.<sup>8</sup> Aqui, tem-se um ponto importante: a polícia judiciária “não reprime os delitos, mas funciona como auxiliar do Poder Judiciário nesse mister”<sup>9</sup>, ou, no dizer de Diogo de Figueiredo, “a polícia judiciária age como instrumento da repressão reservada ao Poder Judiciário, este, sim, que a esgota”.<sup>10</sup>

Conclui-se que a atividade de policiamento administrativo atua de modo preventivo e repressivo, quando a infração à normal legal não caracterizar crime. O policiamento preventivo e o policiamento repressivo ocorrem dentro da esfera da Administração Pública, que realiza todo o ciclo de segurança pública: tem-se aqui o exercício da atividade de polícia administrativa em sua plenitude (preventiva e repressiva). No entanto, quando a infração à norma tipificar crime, a atividade de polícia administrativa exaurir-se-á na prevenção, pois o ciclo de segurança público será completado pelo Poder Judiciário, que realizará, com o auxílio da polícia judiciária, a repressão.

#### **4. A Polícia e o Policiamento**

Visto isso, outra consideração precisa ser feita, que diz respeito à associação indevida da atividade de polícia com a entidade policial. Dito de outro modo, é indevido vincular a atividade de polícia preventiva à polícia administrativa ou de segurança pública (regra geral, à polícia ostensiva: Polícia Militar, Polícia Rodoviária Federal, Polícia do Exército, etc.), e a atividade de polícia repressiva (auxiliar

---

<sup>8</sup> Marcelo Caetano, op. cit., pág. 342.

<sup>9</sup> José Cretella Júnior, in “Tratado de Direito Administrativo”, pág. 35, vol. V, 1ª ed., 1968, Editora Forense.

<sup>10</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “Direito Administrativo da Segurança Pública”, in “Direito Administrativo da Ordem Pública”, pág. 122, 2ª ed., 1987, Rio de Janeiro, Editora Forense.

da repressão, melhor dizendo) à Polícia Civil ou à Polícia Federal. É o que afirma o Professor Álvaro Lazzarini, com toda razão, porque, “ao contrário do que, preconceituosamente, sem base jurídico-científica, tem-se afirmado, ao longo dos anos, não é a qualificação do órgão policial, em civil ou militar, que implica no exercício de atividade de polícia administrativa ou de polícia judiciária.”<sup>11</sup> A distinção não deve ser feita pela entidade, mas sim pela atividade desenvolvida. Para tanto, deve-se levar em consideração o objeto e a finalidade da atividade policial.

Quanto à finalidade, a polícia administrativa, nas hipóteses não criminais, age preventiva e repressivamente, realizando, assim, todo o ciclo de segurança pública dentro da esfera de atividade da Administração Pública. Já a polícia judiciária tem por finalidade apresentar à Justiça o autor de infração penal, fornecendo-lhe elementos de convicção para a repressão, assim fechando o ciclo de segurança pública. Vê-se, portanto, que, no caso de infração penal, o ciclo de segurança inicia-se na Administração Pública, por meio da polícia administrativa (polícia de segurança pública), cuja função é a prevenção, e encerra-se no Poder Judiciário, cuja função é a repressão, auxiliado pela polícia judiciária. Visto de outra maneira, pode-se dizer que, “para a polícia judiciária, o poder de polícia é um meio, um instrumento de ação, para atingir a um objetivo: apresentar um delinquente à Justiça. Para a polícia administrativa, o poder de polícia é um meio, um instrumento, para reestabelecer executoriamente, pela dissuasão, de preferência, pela força, se

---

<sup>11</sup> “Polícia de Manutenção da Ordem Pública e a Justiça”, in “Direito Administrativo da Ordem Pública”, pág. 59, 2ª ed., 1987, Rio de Janeiro, Editora Forense.

necessário, o império da ordem pública”.<sup>12</sup> São, portanto, tipos de policiamento com finalidades diferentes.

Diferem-se, outrossim, quanto ao objeto da atuação. Compete à polícia administrativa manter todos os aspectos da ordem pública e “pode incidir sobre pessoas, individual ou coletivamente consideradas, sobre direitos, bens e atividades, enquanto que a ação da polícia judiciária, para submeter ao Poder Judiciário aquelas violações específicas da ordem pública, tipificadas como crimes e contravenções penais, recai a apenas sobre a pessoa dos indivíduos, singularmente considerados”.<sup>13</sup> Então, quanto ao objeto, são também distintas.

Fica claro, portanto, que o fator distintivo da atividade não é a entidade policial, mas sim a atividade desenvolvida. Assim, um policial militar em atividade de policiamento de trânsito, ao autuar um motorista que transgrediu regra do Código de Trânsito (estacionar em local proibido, por exemplo), dá início a uma atividade repressiva que se completará na imposição e cobrança de multa, tudo realizado dentro da esfera da Administração Pública. No entanto, quando o mesmo policial militar elabora um boletim de ocorrência, recolhendo dados e preservando o local do crime, está em franca atividade de polícia judiciária, porque a sua atividade visa a fornecer ao Poder Judiciário elementos de prova para a repressão.

No caso das Forças Armadas, isso fica muito claro. Cabe-lhes exercer a atividade de prevenção e de repressão, sempre que estiver em questão a transgressão dos Regulamentos Disciplinares. Exercem

---

<sup>12</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “Direito Administrativo da Segurança Pública”, in “Direito Administrativo da Ordem Pública”, pág. 123, 2ª ed., 1987, Rio de Janeiro, Editora Forense.

<sup>13</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “Direito Administrativo da Segurança Pública”, in “Direito Administrativo da Ordem Pública”, pág. 122, 2ª ed., 1987, Rio de Janeiro, Editora Forense.

a atividade de prevenção, para impedir a transgressão, e exercem a atividade de repressão, sempre que a atividade de prevenção não tenha sido suficiente para coibir a ação do transgressor. Desse modo, realizam todo o ciclo de segurança. Se, porém, a ação do militar transgressor tipificar crime previsto no Código Penal Militar, a repressão deverá ser realizada pela Justiça Castrense, com o auxílio da polícia judiciária militar (arts. 7º e 8º do CPPM). Neste caso, o ciclo de segurança terá início com a ação preventiva realizada pela Administração Pública Militar e será concluído pelo Poder Judiciário, com o auxílio da Administração Pública Militar, agora, porém, na função de auxiliar da repressão (polícia judiciária militar).

## **5. Discricionariedade e Vinculação**

Diz-se que “a atividade de polícia administrativa é multiforme, imprevisível, não podendo estar limitada em todos os setores em que deve desdobrar-se. Sendo infinitos os recursos de que lança mão o gênero humano, precisa a polícia intervir sem restrições no momento oportuno, pois que sua ação é indefinida como a própria vida e não é possível aprisioná-la em fórmulas, motivo por que uma certa flexibilidade ou livre escolha dos meios é inseparável da polícia. Uma legislação que pretendesse regular de antemão todos os atos da polícia seria impraticável e desastrosa. Este arbítrio, sem dúvida, não é absoluto; move-se no quadro das leis e a polícia não deve lesar ou violar um direito adquirido, sem que haja uma verdadeira necessidade. Note-se, entretanto, que a atividade de polícia não é arbitrária, mas discricionária, isto é, sujeita a limites jurídicos intransponíveis”.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> José Cretella Júnior, in “Tratado de Direito Administrativo”, pág. 34, vol. V, 1ª ed., 1968, Editora Forense.

O poder discricionário é uma *facultas* ou *potestas*. É uma possibilidade. “É aquilo que Aristóteles denomina ‘em potência’. É uma potencialidade. O ato discricionário, ao contrário, é algo ‘em ato’. Ato discricionário é a cristalização, num caso concreto, da possibilidade ou faculdade fornecida pela discricionariedade ou poder discricionário da Administração Pública”.<sup>15</sup> Na discricionariedade, “a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo [objeto], a discricção está em poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender”.<sup>16</sup> Na lição precisa de José Cretella, “dentro do regime de legalidade os agentes da Administração, balizados embora por normas jurídicas que lhes regem os movimentos, tomam atitudes, intervindo ou não, agindo ou deixando de agir. Quando agem, selecionam, dentre as várias possibilidades que lhes oferecem, a que melhor traduza, em dado momento, a vontade da Administração, orientada para o interesse público. Joga, para isso, com o livre poder de apreciação para resolver este ou aquele caso. Ou para não resolver”.<sup>17</sup>

Por outro lado, “enquanto no exercício da polícia administrativa a repressão (...) é própria da Administração, que a emprega discricionária e executoriamente até restabelecer a ordem pública, no exercício da polícia judiciária a repressão é própria e exclusiva do Poder Judiciário, não cabendo o uso da discricionariedade e da

---

<sup>15</sup> José Cretella Júnior, in “Manual de Direito Administrativo”, pág. 150, 6ª ed., 1991, Editora Forense.

<sup>16</sup> M. Seabra Fagundes, in “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, págs. 82 e 83, 4ª ed., 1967, Editora Forense.

<sup>17</sup> In “Manual de Direito Administrativo”, pág. 148, 6ª ed., 1991, Editora Forense.

executoriedade (...) senão instrumentalmente, no estrito limite para a Administração lograr a apresentação do responsável pela violação à ordem pública, eventualmente tipificada como conduta punível, à Justiça”.<sup>18</sup> Vale dizer, a atividade de polícia judiciária “desenvolve de regra atividade preordenada àquela do órgão jurisdicional e é vinculada no exercício das suas funções à observância das rígidas normas estabelecidas pela lei processual penal”.<sup>19</sup> Sua atividade, conquanto tenha natureza administrativa, é disciplinada pela lei processual penal, controlada pela autoridade judiciária, e desenvolve-se nos estritos limites da legalidade; é, pois, vinculada.

## **6. A Revista Pessoal**

Visto isso, passa-se diretamente ao enquadramento da revista pessoal na legislação.

### **6.1. A Revista Pessoal Investigativa: fator subjetivo**

A busca pessoal, assim como todas as demais diligências realizadas no curso da investigação criminal, é vinculada. Significa que a legalidade do ato depende da estrita observância da norma processual penal. Tendo em consideração que a atividade de polícia judiciária visa à investigação de infração penal, à reunião de provas e à apresentação do infrator à Justiça, para punição, afigura-se lógico que a busca seja realizada quando houver fundada suspeita de que

---

<sup>18</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “Direito Administrativo da Segurança Pública”, in “Direito Administrativo da Ordem Pública”, pág. 122, 2ª ed., 1987, Editora Forense.

<sup>19</sup> Álvaro Lazzarini, “Polícia de Manutenção da Ordem Pública e a Justiça”, in “Direito Administrativo da Ordem Pública”, pág. 46, 2ª ed., 1987, Rio de Janeiro, Editora Forense.

o revistado traga consigo material que constitua *corpus delicti* (arts. 181, alíneas *a* e *b*, e 182, alíneas *c* e *d*, do CPPM, e art. 240, § 2o, do CPP).

Pode-se dizer, então, que a busca pessoal investigativa é determinada por um **fator subjetivo**: a *fundada suspeita* que recai sobre alguém que traga consigo material que constitua *corpus delicti*.

## 6.2. A Revista Pessoal Preventiva: fato objetivo

A busca pessoal, como diligência realizada no exercício da atividade preventiva, é discricionária. Significa que a legalidade do ato não depende da observância da norma processual penal, cuja aplicação é imprópria, uma vez que não se trata de atividade de repressão criminal. É, portanto, absolutamente desnecessário que haja fundada suspeita de que o revistado traga consigo material que constitua o *corpus delicti*. Tendo-se em consideração que a atividade de polícia administrativa (polícia de segurança pública) visa à preservação da ordem pública, resulta evidente que a busca pessoal deverá ser balizada pelo juízo de conveniência e oportunidade, razoabilidade e proporcionalidade, da autoridade administrativa (autoridade policial).

Sendo assim, para a busca pessoal preventiva não se exige a fundada suspeita de que o revistado traga consigo material que constitua *corpus delicti*; é suficiente que o indivíduo esteja no local ou na situação que determinou a diligência. Pode-se dizer, então, que a busca pessoal preventiva é determinada por um **fator objetivo**, qual seja: estar o indivíduo no *local* ou na *situação* alvo da atividade de policiamento de segurança. Aqui, a fundada suspeita não recai sobre alguém, mas sim sobre o ambiente do local ou da situação: é o local e

a situação que geram a fundada suspeita, *fator objetivo* determinante da revista pessoal, à qual todos estarão sujeitos, até o mais insuspeito dos viventes, a critério da autoridade policial.

A revista pessoal, nesse caso, independe de mandado, porque a determinação administrativa goza de autoexecutoriedade. “A autoexecutoriedade, ou seja, a faculdade de a Administração decidir e executar diretamente a sua decisão por seus próprios meios, sem a intervenção do Judiciário, é outro atributo do poder de polícia. Com efeito, no uso desse poder, a Administração impõe diretamente as medidas ou sanções de polícia administrativa, necessárias à contenção da atividade anti-social, que ela visa obstar”.<sup>20</sup> Mas é necessário fazer uma advertência: a diligência, porque restringe a liberdade do indivíduo, não deverá exceder em intensidade nem em duração o mínimo absolutamente indispensável aos propósitos da atividade de policiamento preventivo.

## 7. Conclusão

É necessário não confundir a busca pessoal realizada no curso de investigação criminal com a revista pessoal realizada na atividade de polícia administrativa. A revista, no primeiro caso, está disciplinada pela lei processual penal, é determinada por um fator subjetivo, visa a um fim específico e, por isso, é uma atividade vinculada, ou seja, deve ser executada nos estritos limites da lei, sob pena de abuso de autoridade. No segundo caso, ou seja, quando realizada nas atividades de segurança pública em geral, é determinada por um fator objetivo e não segue as regras da lei processual, pela simples razão de que não visa à instrução criminal, mas sim à preservação da ordem pública; é preventiva e, por isso, discricionária.

## REFERÊNCIAS

CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. V. 5, 2. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1950.

CRETELA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991.

CRETELA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. V. 1, 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.

LAZZARINI, Álvaro. *Direito Administrativo da Ordem Pública*. V. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968.

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Editora RT, 1985.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Administrativo da Ordem Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.



# A competência da Justiça Militar da União para julgar crimes cometidos em operações para garantia da lei e da ordem

**Cristiane Senra Lima**

Advogada. Primeiro-Tenente (RM2-T)

**RESUMO:** O presente artigo analisa a competência da Justiça Militar da União (JMU) para julgar os crimes cometidos em operações para garantia da lei e da ordem; qual o impacto que as decisões proferidas nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5032 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 289 podem trazer para as Forças Armadas; e ainda pesquisa a existência de dispositivos legais que possam lastrear tal análise. Na inexistência de tais dispositivos, pesquisaram-se, na doutrina e na jurisprudência, argumentos que subsidiaram a manutenção da competência referida. É neste sentido que foram expostos argumentos visando demonstrar que a competência para julgar os crimes cometidos em operações de garantia da lei e da ordem deve permanecer com a JMU, visto que as atividades praticadas em garantia da lei e da ordem são consideradas como atividade militar. Por este motivo, eventuais crimes ali cometidos serão considerados crimes militares, conforme preceituam o art. 9, II, d do Código Penal Militar e §7º do art. 15 da Lei Complementar 97/1999. O método utilizado foi o dedutivo. A pesquisa é bibliográfica, qualitativa, aplicada, demonstrativa e explicativa. Conclui-se que, após análise jurisprudencial, a tendência do Supremo Tribunal Federal é manter a competência ora referida. Entretanto, o julgamento será efetuado de forma monocrática pelo juiz auditor.

**PALAVRAS-CHAVES:** Crime. Atividade Militar. Garantia da Lei e da Ordem. Competência da Justiça Militar da União.

## ENGLISH

**TITLE:** The competence of the Military Justice of the Union to judge crimes committed in operations to guarantee law and order.

**ABSTRACT:** This article examines the competence of Commonwealth's Military Justice (JMU) to judge crimes committed in operations to guarantee law and order (GLO), what kind of impact decisions issued in case of direct action of unconstitutionality ADI 5032 and accusation of breach of Fundamental Precept ADPF 289 may have on Armed Forces and still search the existence of legal devices that may ballast such analysis. In the absence of such devices, research of the doctrine and case law arguments were done to support the maintenance of that competence. In this sense, arguments were exposed in order to show that the competence to judge crimes committed to guarantee operations of law and order should remain with the JMU, since the activities practiced in ensuring law and order are considered military activity. For this reason, crimes eventually committed there, are considered military crimes; as set down in art. 9, II, d of the Military Penal Code and paragraph 7 of art. 15 of Complementary Law 97/1999. The method used was deductive. The research is literature, qualitative, applied, demonstrative and explanatory. It follows that, after jurisprudencial analysis the tendency of the Federal Supreme Court is to maintain the referred competence. the judgment however, will be done in a monocratic form, by the auditor judge.

**KEYWORDS:** Crime. Military activity. Guarantee of law and order. Competence of the Military Justice of the Union.

## SUMÁRIO

1 Introdução (p. 4) – 2 A Justiça Militar da União e sua competência (p. 6) – 3 Crime Militar (p. 11) – 4 Da Garantia da Lei e da Ordem – 5 ADI 5032 e ADPF 289 – 6 Entendimentos dos Tribunais – 7 Considerações Finais (p. 24)

### 1 INTRODUÇÃO

As Forças Armadas (FFAA) destinavam-se exclusivamente à defesa da Pátria, dedicando-se aos treinamentos e as missões específicas relativas aos combates de guerra em que pese a sua destinação constitucional estar explícita na Constituição Federal desde 1891 no que se refere à garantia da lei e da ordem.

O emprego das FFAA em operações de garantia da lei e da ordem (Op GLO) é tema recorrente na mídia, especialmente em face das atuais intervenções que vêm ocorrendo no Rio de Janeiro e em outros lugares. Da mesma forma, a discussão sobre a utilização das FFAA nesse tipo de operação tem continuidade quando se trata dos desdobramentos jurídicos que ocorrem por conta da ocupação dos morros cariocas e outros espaços de GLO pelos militares, trazendo à baila a questão da competência para julgar crimes ocorridos em Op GLO.

Tal tema é relevante no ordenamento jurídico e merece ser alvo de discussão, já que apesar da previsão constitucional da GLO e da evidente competência da Justiça Militar da União para julgar crimes cometidos naquelas áreas delimitadas, diante das normas previstas no art. 9, II, d do Código Penal Militar e §7º do art. 15 da Lei Complementar 97/1999, foram ajuizadas pela Procuradoria Geral da República (PGR) a ADI 5032 e a ADPF 289.

As referidas ações buscam respectivamente insurgir-se contra regra prevista na Lei Complementar 97/1999, na redação dada pelas Leis Complementares 117/2004 e 136/2010, bem como requerendo que seja

dada ao artigo 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar (CPM, Decreto-Lei nº 1.001/1969), interpretação conforme a Carta Magna, objetivando o reconhecimento da incompetência da JMU para julgar civis em tempo de paz e que esses crimes sejam submetidos a julgamento pela Justiça comum.

Os julgamentos da ADI e da ADPF poderão trazer mudanças para o cenário jurídico nacional, já que os argumentos trazidos pela PGR ferem frontalmente previsão da Carta Magna e põe em risco a importância das FFAA, seus pilares (hierarquia e disciplina) e a própria operação de garantia da lei e da ordem.

Em que pese a não existir doutrina específica sobre o tema, muitos artigos foram escritos com base nos estudos isolados de doutrinadores conceituados, valendo ainda trazer à baila os julgados das Cortes Superiores acerca do tema, analisando-os criticamente, visando ratificar a competência da JMU para julgar crimes ocorridos em operação de GLO.

No aspecto metodológico tem-se o método dedutivo como o adequado para o desenvolvimento da pesquisa, no momento em que parte-se da generalidade da temática para a individualização.

A pesquisa classifica-se como aplicada, uma vez que se busca gerar conhecimentos novos e necessários para o desenvolvimento de aspectos necessários para o avanço da ciência. Também é qualitativa, pois trabalha-se com conhecimento diverso do quantificável com números. É qualitativa, pois a interpretação dos fenômenos e a atribuição de significados são básicas no processo de pesquisa qualitativa. Não requer o uso de métodos e técnicas estatísticas. O ambiente natural é a fonte direta para coleta de dados e o pesquisador é o instrumento-chave.

É também descritiva, uma vez que visa descrever as características de determinada população ou fenômeno ou o estabelecimento de relações entre variáveis. Envolve o uso de técnicas padronizadas de coleta de dados: questionário e observação sistemática.

No mesmo sentido é bibliográfica, quando elaborada a partir de material já publicado, constituída, principalmente, de livros, artigos de periódicos e atualmente com material disponibilizado na internet.

Diante desses aspectos além da introdução e da conclusão também divide-se em mais cinco seções, a saber: a Justiça Militar da União e sua competência; Crime Militar; Da Garantia da Lei e da Ordem; ADI 5032 e ADPF 289; e os Entendimentos dos Tribunais.

Com isso, segue-se ao desenvolvimento da Justiça Militar da União e sua Competência.

## 2 A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E SUA COMPETÊNCIA

A Justiça Militar da União é um dos órgãos do Poder Judiciário, com previsão constitucional, especificada no seu “art. 92 São órgãos do Poder Judiciário: I) Supremo Tribunal Federal; II – Conselho Nacional de Justiça; III – o Superior Tribunal de Justiça; IV – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais[...]; VII – os Tribunais e Juízes Militares (BRASIL, 1988)”. (Grifou-se).

Célio Lobão (2010) ressalta que a JMU passou a fazer parte deste rol a partir da Constituição de 1934, apesar de existirem referências a essa justiça especializada desde 1891. Registrou ainda que o art. 122 da Carta Magna explicita quais os órgãos da Justiça Militar da União: O Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes Militares.

A Lei nº 8457, de 4 de setembro de 1992, organiza a Justiça Militar da União e regula o seu funcionamento e serviços auxiliares. O art. 3º da referida norma informa que o STM compõe-se de 15 ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, definindo explicitamente os critérios para sua nomeação, além de trazer no art. 30 a competência atribuída aos juízes-audidores e no art. 16 os tipos de Conselhos formados para julgamento em 1ª instância, valendo a transcrição:

Art. 3º O Superior Tribunal Militar, com sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de quinze ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre

oficiais-generais do Exército e três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis. § 1º Os Ministros civis são escolhidos pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, sendo: a) três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional; b) dois por escolha paritária, dentre Juizes-Auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar. § 2º Os Ministros militares permanecem na ativa, em quadros especiais da Marinha, Exército e Aeronáutica.

Art. 16. São duas as espécies de Conselhos de Justiça: a) Conselho Especial de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor e quatro Juizes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juizes, ou de maior antigüidade, no caso de igualdade; b) Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão.

Art. 30. Compete ao Juiz-Auditor: I – decidir sobre recebimento de denúncia, pedido de arquivamento, de devolução de inquérito e representação; II – relaxar, quando ilegal, em despacho fundamentado, a prisão que lhe for comunicada por autoridade encarregada de investigações policiais; III – manter ou relaxar prisão em flagrante, decretar, revogar e restabelecer a prisão preventiva de indiciado, mediante despacho fundamentado em qualquer caso; IV – requisitar de autoridades civis e militares as providências necessárias ao andamento do feito e esclarecimento do fato [...].

A competência da Justiça Militar da União é constitucional e *ratione legis*. Dispõe o art. 124, *caput*, da CF, que “compete a Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei, portanto, no CPM”. (BRASIL, 1988). E nos arts. 9º e 10º, ambos do CPM, são especificadas quais as hipóteses em que ocorre o crime militar, logo, é certo que a lei é quem determina os critérios de competência.

Registre-se que a Ministra Maria Elisabeth definiu, em entrevista concedida ao STM ASCOM, que a JMU não é uma corte marcial, não é um tribunal administrativo e sim um órgão do Poder Judiciário que tem competência para dizer o direito em caráter de definitividade, salientando que os processos submetidos ao seu crivo obedecem a todos os princípios magnos, tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Além disso, é de conhecimento geral que o juiz-auditor é um juiz concursado que foi aprovado em um concurso de provas e títulos e tem plenas condições de julgar, como qualquer outro juiz federal, em relação a um civil sob sua jurisdição. Não existem motivos, assim, para questionamento da competência da JMU para o julgamento dos casos ocorridos em Op GLO.

### **3 CRIME MILITAR**

Assis (2009) afirma que crime militar é toda violação acentuada ao dever militar e aos valores das instituições militares. A doutrina classifica o crime militar em duas modalidades: os propriamente militares e os impropriamente militares.

O crime propriamente militar é aquele cujo bem jurídico é exclusivo da vida militar e estranho à vida civil, como é o caso, por exemplo, do dever militar, do motim, da revolta, abandono de posto, entre outros. Sendo assim, apenas pode ter como sujeito ativo o militar da ativa e é previsto na lei penal própria.

Já o crime impropriamente militar envolve bem jurídico comum a ambas as esferas, sendo assim qualquer pessoa poderá cometê-lo. Encontra previsão no Código Penal Militar e idêntica classificação na lei comum.

Existem ainda os critérios legais para a classificação do crime militar, estes estão previstos no CPM e são definidos como crimes em tempo de paz (art. 9º) e crimes em tempo de guerra (art. 10º), valendo a transcrição:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: I – os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial; II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996); d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar; f) revogada. (Vide Lei nº 9.299, de 8.8.1996); III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar; b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo; c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acantonamento, acantonamento ou manobras; d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele

fim, ou em obediência a determinação legal superior.  
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.

Registra-se que o legislador considerou vários aspectos para definir a competência, quais sejam: os critérios em razão do lugar, da matéria, da pessoa e os utilizou para definir o crime. Entretanto, o critério que prevalece é o *ratione legis*, ou seja, o crime militar é aquele que a lei militar define.

Conforme já mencionado, o CPM estabelece a existência dos crimes militares em tempo de paz e de guerra, informando ainda que estes podem ser praticados por militares da ativa, da reserva, reformados ou civis, e ressaltando para o estudo ora trazido, aquele previsto no item II, d, qual seja, o crime praticado fora do lugar sujeito à administração militar, porém onde estão sendo exercidas atividades militares.

Em linhas pretéritas, já foi dito que a Lei Complementar 97/99 não apenas disciplina os procedimentos para preparação e emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, o referido dispositivo também informa que neste caso a atuação dos militares envolvidos na operação é considerada atividade militar para todos os efeitos do CPM.

E em sendo considerada atividade militar, todos os crimes cometidos na área definida para GLO deverão ser julgados pela Justiça Militar da União, na forma preconizada pela Carta Magna.

#### 4 DA GARANTIA DA LEI E DA ORDEM

O art. 142 da Constituição Federal de 1988 define as Forças Armadas e prevê expressamente as hipóteses de seu emprego, esclarecendo em seu parágrafo único a necessidade de ser editada lei complementar, estabelecendo as normas gerais a serem adotadas no preparo e emprego das FFAA, valendo a transcrição:

Art. 142 As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer um destes, da lei e da ordem. § 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas. (BRASIL, 1988).

A utilização das FFAA na garantia da lei e da ordem está disciplinada na Lei Complementar nº 97, de 9 de julho de 1999, especificamente no art. 15, donde se depreende que o referido emprego apenas ocorrerá quando esgotados todos os instrumentos dos órgãos destinados à preservação da segurança pública, na forma do art. 144 da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 144 A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares. (BRASIL, 1988)

Art. 15 O emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e na participação em operações de paz, é de responsabilidade do Presidente da República, que determinará ao Ministro de Estado

da Defesa a ativação de órgãos operacionais, observada a seguinte forma de subordinação: § 2º A atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por iniciativa de quaisquer dos poderes constitucionais, ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal. (Grifou-se)

Foram editadas ainda as Leis Complementares 117/04 e 136/10 para tornar mais clara, respectivamente, o que deve ser entendido por esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da CF/88 e o que vem a ser atividade subsidiária.

§ 3º Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

§ 4º Na hipótese de emprego nas condições previstas no § 3º deste artigo, após mensagem do Presidente da República, serão ativados os órgãos operacionais das Forças Armadas, que desenvolverão, de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, as ações de caráter preventivo e repressivo necessárias para assegurar o resultado das operações na garantia da lei e da ordem. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

A Lei Complementar 97/99 e suas alterações informam também que a atividade subsidiária de garantia da lei e da ordem é considerada atividade militar para efeito de caracterização de crime militar de competência da JMU, senão:

7º A atuação do militar nos casos previstos nos arts. 13, 14, 15, 16-A, nos incisos IV e V do art. 17, no

inciso III do art. 17-A, nos incisos VI e VII do art. 18, nas atividades de defesa civil a que se refere o art. 16 desta Lei Complementar e no inciso XIV do art. 23 da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), é considerada atividade militar para os fins do art. 124 da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

O Manual do Ministério da Defesa MD33-M-10 (2ª Edição/2014) conceitua o que é uma operação de garantia da lei e da ordem (Op GLO): “é uma operação militar determinada pelo Presidente da República e conduzida pelas Forças Armadas de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, que tem por objetivo a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio[...]”.(AMORIM, 2014, p.14).

Das considerações acima, verifica-se que a atividade subsidiária de garantir a lei e a ordem não apenas é expressamente prevista nas normas supracitadas, como é de relevante importância para a sociedade em geral, tendo sido utilizada muitas vezes ao longo dos anos, valendo lembrar algumas operações.

Em 2004, no período de 13 a 18 de junho, o Exército foi às ruas da cidade de São Paulo, como parte do esquema de segurança para a realização da 11ª Conferência das Nações sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD); em 2006, o Exército desencadeou operação em diversas favelas e bloqueios em estradas do Rio de Janeiro em busca de dez fuzis e uma pistola roubados de uma de suas unidades; em julho de 2000, o Exército foi utilizado para dissipar trabalhadores rurais do Movimento Sem-Terra que invadiram em Buritis, Minas Gerais, a fazenda da família do então Presidente Fernando Henrique Cardoso; em 2012, na Rio +20; em 2013, na visita do Papa Francisco por ocasião da Jornada Mundial da Juventude; em 2014, o emprego da Marinha e do Exército nas favelas do Complexo da Maré; no período de 24 a 31 de maio de 2017, no Distrito Federal; em julho de 2017, para atuar no reforço da segurança pública do Rio de Janeiro. Entre 2010 e 2017, a GLO foi decretada 29 vezes.

## 5 ADI 5032 e ADPF 289

A Procuradoria-Geral da República (PGR) ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), duas ações objetivando o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo, são elas a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5032) e a ADPF 289.

A primeira busca discutir a regra prevista na Lei Complementar 97/1999, com redação modificada pelas Leis Complementares 117/2004 e 136/2010, que insere na competência da Justiça Militar o julgamento de crimes cometidos no exercício das atribuições subsidiárias das Forças Armadas.

A PGR afirma, em seu petítório, que a Lei complementar referida, além de regular as atribuições subsidiárias das Forças Armadas e efetuar alterações no parágrafo 7º do artigo 15 da LC 97/1999, ampliou muito a competência da Justiça Militar, o que teria violado o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, estabelecendo privilégio de foro, sem que o crime tenha relação com funções tipicamente militares.

Argumenta também que o disposto na norma referida contraria a Constituição, especificamente em seus artigos 5º, inciso LIII, e 124, ao classificar como crime militar delito comum, “desvirtuando o sistema constitucional de competências”. Segundo a ação, “o alargamento dessa competência atenta contra todo o regime de direitos fundamentais inscritos na nossa Carta Magna”.

A PGR afirma que, apesar de a Constituição Federal deixar para norma infraconstitucional os critérios de fixação de competência da Justiça Militar, “não é qualquer crime que pode a ela ser submetido, senão o crime militar. E este, por sua vez, não é qualquer crime praticado por militar”, argumenta.

Também citam-se os precedentes do STF, em que é atribuída à Justiça comum a competência para julgar crimes de militares fora do exercício de suas funções e relembram a abordagem do tema perante a Comissão de Direitos Humanos da ONU, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que entendem

que a jurisdição militar apenas deverá ser atribuída em relação aos crimes cometidos no exercício de função tipicamente militar.

O segundo controle de constitucionalidade, aviado pela PGR, requer que seja dada ao artigo 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar, interpretação conforme a Constituição Federal (CF) de 1988, reconhecendo a incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz, devendo os referidos crimes serem julgados pela Justiça comum.

No referido procedimento, sustenta que:

A submissão de civis à jurisdição da Justiça Militar, em tempo de paz, viola o estado democrático de direito (artigo 1º da CF), o princípio do juiz natural (artigo 5º, inciso LIII, da CF), além do princípio do devido processo legal material e, ainda, os artigos 124 (competência da Justiça Militar para julgar os crimes militares) e 142 (dispõe sobre as Forças Armadas) da CF.

Afirma ainda que a competência da Justiça Militar é excepcional para o julgamento de civis e que “atualmente, tratando-se de crime militar praticado por civil, para definir-se a competência, investiga-se qual a intenção do agente civil”. Se atinge a instituição militar, será considerado crime militar, e a competência para julgamento será da Justiça Militar. Caso contrário, o crime terá natureza comum, atraindo a competência da Justiça comum.

Afirmam por fim que o julgamento de civis em tempo de paz pela Justiça Militar configura evidente violação ao princípio constitucional do juiz natural, citando precedentes do STF, em que entendeu-se que a Justiça Militar é incompetente para julgar civis em tempos de paz, se a ação delituosa praticada não afetar a integridade, dignidade, funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares.

Em que pese aos argumentos trazidos pela PGR, não é esse o entendimento do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, muito menos da Presidência da República, todos estes sustentam, nos autos da ADI e da

ADPF, que o emprego das FFAA na garantia da lei e da ordem enquadra-se adequadamente no exercício da atividade militar, não se desviando de sua destinação constitucional.

Ademais, registram que eventual julgamento de crimes militares definidos em lei pela Justiça Comum é que feriria o princípio do juiz natural, uma vez que as normas constitucionais disciplinam de modo diverso.

Destaca-se ainda que os integrantes da Justiça Militar da União possuem jurisdição válida, já que lhes oferecidas medidas para o exercício de suas atividades, assegurando-lhes a indispensável imparcialidade de julgamento a qualquer pessoa que seja submetida à Justiça Especial, em estrita observância ao princípio do juiz natural.

Registre-se que ambas as ações continuam em trâmite perante do Superior Tribunal Federal, não tendo ainda sido decididas.

## **6 ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS**

Acerca do tema ora discutido, o Superior Tribunal Militar (STM) entende que o emprego das FFAA na garantia da lei e da ordem é considerada atividade militar para os fins de aplicação do Código Penal Militar, e, conseqüentemente para os fins de submissão a julgamento pela Justiça Militar, valendo a transcrição de julgados:

FORÇA DE PACIFICAÇÃO. GARANTIA DA LEI E DA ORDEM (GLO). PRELIMINARES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO EMPREGO DAS FORÇAS ARMADAS (FFAA) EM GLO E DO ARTIGO 90-A DA LEI Nº 9.099 /95. REJEIÇÃO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO (JMU). REJEIÇÃO. DESOBEDIÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. A conjugação do art. 142 com o caput do art. 144, ambos da CF/1988, somada ao art. 15, § 7º, da Lei Complementar nº 97 /99, alterada pela Lei Complementar nº 136 /10, permitem concluir que a atuação dos militares federais na GLO se apresenta harmonizada com a missão constitucional imposta às

FFAA, sendo certo, ainda, que as ações desempenhadas no exercício daquele mister possuem natureza militar, atraindo a competência da JMU. Inaplicabilidade dos institutos da Lei nº 9.099 /95 por expressa vedação imposta pela Lei nº 9.839 /99, especialmente por se tratar de acusado militar, à época dos fatos. Súmula nº 9/STM. Desobediência constatada a partir do não acatamento da determinação legal emanada de militares em serviço. Decisão por maioria. (STM – AP 1436520117010201RJ. Relator Fernando Sergio Galvão. Data de publicação 20/02/2014)

HABEAS CORPUS. PACIENTES CIVIS. CRIMES PRATICADOS CONTRA MILITARES NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE TÍPICAMENTE MILITAR. ART. 9º, inciso III, ALÍNEA “D”, DO CPM. Compete à Justiça Militar da União processar e julgar civis pela prática de fatos que, em tese, configuram os crimes de resistência, ameaça, desacato e lesão corporal, quando praticados contra militares das Forças Armadas no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública. Condutas perpetradas no contexto de atuação do Exército Brasileiro na denominada “Força de Pacificação Maré”, ocorrida na comunidade da Maré, na cidade do Rio de Janeiro. Ordem denegada. Unânime. ( AP em Processo 0000161-32.2014.7.00.0000 UF: RJ. Decisão em 28/10/2014 e publicada em 07/11/2014, Ministro Odilson Sampaio Benzi)

APELAÇÃO. DESACATO (ART. 299 DO CPM). PRELIMINARES. NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. NULIDADE DO PROCESSO EM FACE DA INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO ART. 90-A DA LEI Nº 9.099/95. REJEITADAS. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO CARACTERIZADO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Compete à Justiça Militar da União processar e julgar o delito praticado por civil contra militar no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa e judiciária, quando legalmente requisitado para tal fim, ou em obediência à determinação legal superior.

Inteligência do art. 9º, inciso III, alínea “d”, do CPM, c/c os arts. 124 e 142 da CF. 2. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a conformidade da Lei nº 9.839/99, que inseriu na Lei nº 9.099/95 proibitivo à aplicação dos institutos da legislação referente aos Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Militar da União. 3. A prova produzida nos autos não deixa dúvidas que o Réu agiu com desrespeito, menosprezo e afronta aos militares que o abordaram em um posto de bloqueio, constituído em decorrência da missão de pacificação legalmente conduzida em comunidade do Rio de Janeiro, quando transitava de forma irregular em uma motocicleta, não havendo qualquer justificativa para a conduta ofensiva aos militares. 4. Preliminar de incompetência rejeitada. Unânime. Preliminar de inconstitucionalidade do art. 90-A da Lei nº 9.099/95 rejeitada. Maioria. No mérito, desprovido o apelo defensivo. Unânime. (AP em Processo 0000009-04.2012.7.01.0201 UF: RJ. Decisão em 07/10/2014 e publicada em 24/11/2014, Ministro Lucio Mario de Barros Goês)

Verifica-se, entretanto, que no Superior Tribunal Federal existem entendimentos divergentes acerca do tema, portanto:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. CIVIL ACUSADO DE CRIME MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. INAPLICABILIDADE DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Compete à Justiça Militar processar e julgar civil acusado de desacato e desobediência praticados contra militar das Forças Armadas no “desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública” (art. 9º, III, d, C.P.M). Precedente da Primeira Turma: HC 115.671, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio; 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 90-A da Lei nº 9.099/95, com a redação dada pela Lei nº 9.839/99. Inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Militar. 3.

Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual. ( HC 113128, Julgado em 10/12/2013, Publicado em 20/02/2014, Min Roberto Barroso, 1ª Turma)

“HABEASCORPUS” – IMPUTAÇÃO, AOPACIENTE, QUE É CIVIL, DE CRIME MILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO – SUPOSTO DELITO DE DESACATO A MILITAR (CPM, ART. 299) – OCORRÊNCIA DESSE FATO EM AMBIENTE ESTRANHO AO DA ADMINISTRAÇÃO DAS FORÇAS ARMADAS – MILITAR DO EXÉRCITO, SUPOSTAMENTE DESACATADO, QUE REALIZAVA ATIVIDADE DE POLICIAMENTO OSTENSIVO NO PROCESSO DE OCUPAÇÃO E PACIFICAÇÃO DAS COMUNIDADES DO COMPLEXO DO ALEMÃO E DA PENHA, NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO – FUNÇÃO DE POLICIAMENTO OSTENSIVO QUE TRADUZ TÍPICA ATIVIDADE DE SEGURANÇA PÚBLICA – CARÁTER ANÔMALO DA JURISDIÇÃO PENAL MILITAR SOBRE CIVIS EM TEMPO DE PAZ – REGULAÇÃO DESSE TEMA NO PLANO DO DIREITO COMPARADO – OFENSA AO POSTULADO DO JUIZ NATURAL – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO – COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM (CF, ART. 109, IV) PELO FATO DE A VÍTIMA, MILITAR DO EXÉRCITO, QUALIFICAR-SE COMO AGENTE PÚBLICO DA UNIÃO – PEDIDO DEFERIDO. FUNÇÃO DE POLICIAMENTO OSTENSIVO EXERCIDA POR MILITAR DAS FORÇAS ARMADAS – ENCARGO QUE SE QUALIFICA, CONCEITUALMENTE, COMO TÍPICA ATIVIDADE DE SEGURANÇA PÚBLICA.. (HC 112936, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 16-05-2013 PUBLIC 17-05-2013)

Decisão: Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus, interposto por Anderson Bibiano de Oliveira (fls. 94-100), contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal Militar, que denegou o HC 118-

95.2014.7.00.0000/RJ (fls. 74-81). Consta dos autos que o recorrente foi preso em flagrante no dia 23.4.2014, por ter, supostamente, desacatado militares do Exército Brasileiro, integrantes da Força de Pacificação, durante a realização de bloqueio de veículos no Rio de Janeiro/RJ (fls. 57-63 e 77). O Juízo da 2ª Auditoria da 1ª CJM concedeu o benefício da liberdade provisória, bem como indeferiu o pedido de declinação de competência da Justiça Militar especializada para a Justiça Federal comum (fls. 62-63 e 70). Inconformada, a defesa impetrou o referido HC perante o STM, o qual denegou a ordem, mediante acórdão assim ementado: “ATIVIDADE DE PATRULHAMENTO. OPERAÇÃO DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM – GLO. JULGAMENTO DE RÉU CIVIL PELA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. 1. Compete à Justiça Militar da União processar e julgar o delito praticado por civil contra militar no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para tal fim, ou em obediência à determinação legal superior. 2. O emprego das Forças Armadas, nesses moldes, longe de configurar intervenção nos entes da federação, representa o cumprimento da parcela de responsabilidade da União em prol da Segurança Pública. Ordem conhecida e denegada. Decisão unânime”. (fl. 74) No presente RHC, sustenta-se, em síntese, a incompetência absoluta da Justiça Militar da União para o julgamento do feito, uma vez que o crime foi praticado por civil contra militar do Exército, que fazia parte das operações de garantia da lei e da ordem, atividade de policiamento ostensivo de segurança pública, nos termos do art. 15, §§ 2º e 3º, da LC 97/1999 e do art. 144 da CF/1988. Alega, ainda, que o art. 15, § 7º, da LC 97/1999, limitou a competência da Justiça Militar da União, fundada no art. 124 da CF, à “atuação do militar”, ou seja, somente quando o sujeito ativo for militar federal (art. 9º, II, do CPM), em tais operações (GLO). Ao final, o recorrente pede o provimento do recurso “para, reformando o acórdão recorrido e cassando o ato impugnado, deferir o writ, nos termos da impetração” (fl. 100) e, por conseguinte, remeter os autos à Justiça Federal do

Rio de Janeiro, competente para processar e julgar a presente demanda penal. Houve contrarrazões (fls. 103-115). Admitido o recurso, subiram os autos (fls. 118-119). O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso (fls. 123-125). O recorrente, à fl. 127, pede a concessão de medida cautelar incidental, com fundamento no art. 301 do Novo CPC, c/c o art. 3º do CPPM, “e”, para suspender o andamento da Ação Penal Militar 96-86.2014.7.01.0201, com julgamento marcado para o próximo dia 5.9.2016, até o pronunciamento do Plenário desta Corte sobre o tema. O Presidente do Supremo Tribunal Federal, em 13.7.2016, entendeu que o caso sob exame não se amoldaria à hipótese prevista no art. 13, VIII, do RI/STF (fl. 129). É o relatório. Decido. A concessão de liminar no recurso em habeas corpus dá-se em caráter excepcional, em face da configuração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. No caso dos autos, em princípio, não estão presentes os requisitos exigidos para a concessão da medida cautelar. Consoante asseverei, ao julgar o HC 112.869-MC/RJ, DJe 29.5.2012, sobre o papel constitucional das Forças Armadas na defesa da soberania e na garantia da lei e da ordem, Cleso José da Fonseca Filho afirma o seguinte: “A Constituição, no que toca à garantia da lei e da ordem, na verdade impôs um significativo dever para as Forças Armadas. Diante de uma situação extrema, de notória incapacidade das instituições tradicionais de segurança pública, o nosso sistema constitucional estabeleceu um mecanismo excepcional que não permite a eventual configuração de um vácuo ou do que seria uma intolerável brecha institucional na defesa da segurança dos cidadãos e cidadãs. (Filho, Cleso José da Fonseca. Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, p. 79). Miguel Daladier Barros, em estudo sobre o mesmo tema, esclarece que: “A competência para a manutenção da ordem pública é, prioritariamente, das Polícias, que utilizam ações de caráter predominantemente ostensivas, com objetivo de prevenir, dissuadir, coibir ou reprimir condutas que violem a ordem pública. Essas atribuições,

somente de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, poderão ser desenvolvidas pelas Forças Armadas, através de ações de caráter preventivo e repressivo, que assumirão as atribuições da Polícia Militar, valendo-se, para tanto, do poder de polícia - instrumento legal necessário ao exercício dessa missão institucional”. (Barros, Miguel Daladier. Lei complementar n. 136: o poder de polícia das forças armadas, *Consulex: revista jurídica*, v. 14, n. 329, p. 46-48, out. 2010) Para uma maior compreensão do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, reputo necessária a transcrição da legislação correlata, começando pela Constituição Federal: “Art. 142: As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. § 1º. Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas”. A lei complementar a que se refere a norma constitucional é a LC n. 97, de 9.6.1999, que dispõe em seu art. 15 o seguinte: “Art. 15. O emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e na participação em operações de paz, é de responsabilidade do Presidente da República, que determinará ao Ministro de Estado da Defesa a ativação de órgãos operacionais, observada a seguinte forma de subordinação: (...). § 7º. O emprego e o preparo das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem são considerados atividade militar para fins de aplicação do art. 9º, inciso II, alínea c, do Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar . (Incluído pela Lei Complementar n. 117, de 2004)”. Assim, com a inclusão do § 7º no art. 15 da LC n. 97/1999, conclui-se que o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e

da ordem é considerado atividade militar para fins de aplicação do CPM. Quando empregadas na defesa da ordem interna, missão secundária, as Forças Armadas exercem funções típicas de Segurança Pública, executadas prioritariamente pelos órgãos de segurança pública elencados no art. 144. A atuação é excepcional e subsidiária. No caso em apreço, os militares do Exército, atuavam na chamada Força de Pacificação, desempenhando, portanto, função de natureza militar. Frise-se, ainda, o julgamento proferido nos seguintes feitos: HC 113.128/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe 20.2.2014; HC 113.430/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 30.4.2013, e ARE 800.119-AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe 24.5.2016. Entendo, portanto, num juízo preliminar, não assistir razão à defesa, por competir à Justiça Militar processar e julgar os ilícitos penais praticados pelo civil contra os referidos militares. Assim, salvo melhor juízo quanto ao mérito, indefiro o pedido de liminar formulado à fl. 127. À Secretaria Judiciária, para converter estes autos em processo eletrônico, nos termos do art. 29, § 1º, da Resolução n. 427, de 20 de abril de 2010. Publique-se. Brasília, 12 de agosto de 2016. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente.

(RHC 124755 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 12/08/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 16/08/2016 PUBLIC 17/08/2016)

A divergência ora exposta demonstra a relevância do tema, valendo citar que o Supremo Tribunal analisou *habeas corpus*, no qual a Defensoria Pública questionava a competência da Justiça Militar em julgar civis, e os ministros se posicionaram a favor do julgamento em primeira instância pela Justiça Militar da União, desde que feito monocraticamente pelo juiz auditor.

Por fim, importa ressaltar que em entrevista dada, durante a realização do X Encontro de Magistrados em 2014, a então Presidente do Superior Tribunal Militar, ministra Maria Elisabeth, falou sobre a polêmica da dispensa do Conselho Permanente de Justiça no julgamento de civis, confirmando, entretanto, que o próprio STM coaduna desse novo entendimento, não havendo a princípio necessidade de mudança da lei para o julgamento monocrático, bastando para tanto o posicionamento do Supremo.

É evidente que entendimentos diversos acerca do tema dividem a Corte Suprema. A primeira turma tem confirmado a competência da Justiça Militar para apreciar esses casos, em detrimento da Justiça Federal. Já a segunda turma tem entendimento diferente, e a questão já foi afetada ao Plenário através do HC 126545 em 29 de março de 2016.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O emprego das Forças Armadas nas Operações de Garantia da Lei e da Ordem está expresso na Carta Magna e, conforme já reiteradamente citado, foi previsto em todas as constituições da República. Apesar disso, a destinação constitucional das Forças Armadas e as consequências jurídicas advindas do seu emprego, tal como a competência para julgar crimes nas áreas delineadas em períodos de Garantia da Lei e da Ordem, é assunto polêmico, que divide a opinião pública e a jurisprudência das mais altas cortes.

Resta evidente que alguns temem que, com a utilização das Forças Armadas em Operações de Garantia da Lei e da Ordem e consequente julgamento de civis pela Justiça Especializada por crimes cometidos na referida área, ocorra o ressurgimento de um estado autoritário. Já outros veem apenas como mais uma das formas de o Estado impor ordem e respeito às leis. De qualquer forma as Forças Armadas são o último instrumento legal de emprego de meios coercitivos disponível para a defesa da sociedade,

utilizado quando esta última é ameaçada pelo crime organizado e fica vulnerável às limitações e problemas internos da segurança pública.

O fato é que o emprego e o preparo das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem são considerados atividade militar para fins de aplicação do Código Penal Militar, especificamente no que diz respeito aos crimes militares em tempo de paz praticados por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar.

Por ser atividade tipicamente militar, prevista na Constituição Federal, evidencia-se, portanto, a competência da Justiça Militar para julgar os crimes militares que sejam cometidos no seu exercício.

É certo que a modificação da referida competência requerida pela Procuradoria-Geral da República, nas ADI 5032 e ADPF 289, além de ferir o princípio do juiz natural, traria sérios transtornos as Forças Armadas, já que os dispositivos questionados são de direito material e a retirada da competência da Justiça Militar da União poderá provocar a descriminalização de qualquer conduta cometida por civil contra as instituições militares e seus membros.

Ocorrendo a mudança mencionada, tanto os crimes cometidos em operação de garantia da lei e da ordem, quanto roubo de material dentro de uma organização militar não seriam mais de competência da Justiça Militar da União.

Evidente ainda que, neste caso, a atuação das Forças Armadas ficaria desprestigiada e os militares ficariam temerosos de atuar sem a proteção constitucional. Ademais, a Justiça Militar da União não julga crimes cometidos apenas por militares, e sim aqueles praticados contra as Forças Armadas e instituições militares, sendo eles cometidos por civis ou militares, conforme se depreende da Carta Magna e do Código Penal Militar.

Por fim, insta registrar que a competência da Justiça Militar da União para julgar crimes ocorridos em Operações de Garantia da Lei e da Ordem é pacífico perante o Superior Tribunal Militar, porém ainda não resolvido definitivamente no Supremo Tribunal Federal, conforme

verificam-se dos arestos colacionados ao presente artigo. Entretanto, existe uma tendência da corte em posicionar-se a favor do julgamento dos civis na primeira instância da JMU, desde que feito de forma monocrática pelo juiz auditor e não mais por um conselho de justiça, formado pelo juiz civil e quatro juízes militares, mantendo assim a competência da JMU, medida sensata e prevista nas normas constitucionais e em outras legislações. Agora é aguardar a decisão do Plenário.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. *Direito Militar – Aspectos Penais, procedimentos penais e administrativos*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A710.htm)>. Acesso em: 05 out. 2013.

BRASIL. Código Penal Militar. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 97, de 09 de junho de 1999. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 10 jun. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp97.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm)>. Acesso em: 17 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 8457, de 04 de setembro de 1992. Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus órgãos auxiliares. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 08 set.199, retificado em 23 out.1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8457.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8457.htm)>. Acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL. Portaria Normativa nº 186/MD, de 31 de janeiro de 2014. Dispõe sobre a publicação “ Garantia da Lei e da Ordem”. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil 23, de 03 de fevereiro de 2014. Disponível em: <[http://www.defesa.gov.br/arquivos/2014/mes02/md33\\_m\\_10\\_glo\\_2ed\\_2014.pdf](http://www.defesa.gov.br/arquivos/2014/mes02/md33_m_10_glo_2ed_2014.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Militar. HC 7-82.2012.7.00.0000/RJ. Relator Min. Gen Ex Francisco José da Silva Fernandes. Data da Publicação DJ 07/03/2012. Disponível em: <<http://www.stm.jus.br/publicacoes/jurisprudencia-do-stm>>. Acesso em: 17 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. HC 0000161-32.2014.7.00.0000/RJ. Relator Min Odilson Sampaio Benzi. Data da Publicação DJ 07/03/2012. Disponível em: <<http://www2.stm.jus.br/cgi-bin/>>. Acesso em: 09 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Militar. AP 1436520117010201 RJ 0000143-65.2011.7.01.0201. Relator Min Fernando Sérgio Galvão. Data da Publicação DJ 20/02/2014 Disponível em: <<http://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25047437/apelacao-ap-143652011117010201-rj-0000143-6520117010201-stm>>. Acesso em: 09 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Militar. AP 00000090420127010201. Relator Lúcio Mario de Barros Goes. Publicação DJ 24/11/2014. Disponível em <<http://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153933468/apelacao-ap-90420127010201-rj>> Acesso em: 09 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. HC 113128. Relator Min Roberto Barroso. Data de publicação DJ 20/02/2014. Disponível em: <[HTTP://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInFormativo\\_mensal\\_dezembro\\_2013.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInFormativo_mensal_dezembro_2013.pdf)>. Acesso em: 09 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 113430. Relator Min Dias Toffoli. Data de publicação DJ 09/05/2012. Disponível em <<http://www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21563672/medida-cautelar-no-haneas-corpus-hc-113430-sp-stf>>. Acesso em: 09 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RHC 124755. Relator Min Gilmar Mendes. Data de publicação DJ 17/08/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000281600&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Noticias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=247218>>. Publicado em 02/09/2013>. Acesso em: 07 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Cejum*. Notícias. Disponível em: <<http://www.stm.jus.br/o-cejum/noticias/item/935-ministra-elizabeth-defende-competencia-da-justica-militar-para-julgar-civis>>. Publicado em 21/05/2014>. Acesso em: 26 nov. 2014.

LAZZARINI, A. (org.). *Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar, Estatuto dos Militares, Constituição Federal, Legislação Penal, Processual Penal e Administrativa Militar*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LOBÃO, C. *Direito Processual Penal Militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2010.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIQUEIRA FILHO, A. C. *O emprego das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem*. Revista Direito Militar – AMAJME, n. 65, maio-jun./2007.



# Operações de Garantia da Lei e da Ordem: competência da Justiça Militar da União para processar e julgar civis

**Tamires Maria Batista Andrade**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Juiz de Fora – UFJF. Adjunto Jurídico da Assessoria Jurídica do Comando do Pessoal, Brasília, DF. 1º Tenente da Aeronáutica. Adjunto Jurídico.

**RESUMO:** Este trabalho foi desenvolvido com o intuito de demonstrar que, diversamente do que se tem buscado consolidar jurisprudencialmente, é sim competência da Justiça Militar da União (JMU) processar e julgar civis que cometam crimes contra militares pertencentes às Forças Armadas que atuam em missão de pacificação social nas favelas, em operações de “Garantia da Lei e da Ordem” (GLO), tendo em vista que tais missões se enquadram no conceito de função de natureza militar. O tema é de atual dissonância entre a jurisprudência e a doutrina, havendo aqueles que concordam com o presente estudo<sup>1</sup>, adotando a posição de que cabe à Justiça Militar da União (JMU) processar e julgar os civis que cometeram crimes contra militares na referida situação, bem como aqueles que, ao discordarem<sup>2</sup> dessa atribuição dada à JMU, buscam retirar de seu âmbito tal competência, sob alegação de que esta é demasiada. Buscar-se-á tal demonstração mediante estudos bibliográficos, por meio de artigos, livros e pesquisa jurisprudencial..

**PALAVRAS-CHAVES:** Competência. Justiça Militar da União. Civis. Crimes. Operações de GLO.

---

<sup>1</sup> ALVES-MARREIROS, A.; ROCHA G.; FREITAS, R. *Direito Penal Militar – Teoria Crítica e Prática*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 137 e 138. Habeas Corpus (HC) 112848 do STF.

<sup>2</sup> ADI 5.032 do PGR. HC nº. 112848

## ENGLISH

**TITLE:** Law and Order Assurance Operations: competence of the Union's Military Justice to prosecute and try civilians.

**ABSTRACT:** This work was developed with the purpose of demonstrating that, in addition to what has been tried to consolidate case law, it is the competence of the Military Justice of the Union (JMU) to prosecute and prosecute civilians who commit crimes against military personnel belonging to the Armed Forces Social pacification in the favelas, in "Law and Order Guarantee" (GLO) operations, since such missions fall within the concept of a military function. The subject is a current dissonance between jurisprudence and doctrine, with those who agree with the present study, adopting the position that it is incumbent upon the Military Justice of the Union (JMU) to prosecute and prosecute civilians who committed crimes against the military in that situation, As well as those who, in disagreeing with this assignment given to the JMU, seek to remove such competence from the scope of the JMU, on the grounds that it is too much. Such demonstration will be sought through bibliographic studies, through articles, books and jurisprudential research.

**KEYWORDS:** Competence. Military Justice of the Union. Civis. Crimes. GLO operations.

## SUMÁRIO

1 Introdução (p. 2) – 2 Competência da Justiça Militar da União (JMU) (p. 3) – 3 Crime militar (p. 6) – 3.1 Definição e classificação de crime militar (p. ) – 3.2 Do conceito de função de natureza militar (p. ) – 3.3 Crimes militares praticados por civil (p. ) – 3.3.1 Desacato a Militar (art. 299 do CPM) (p. ) – 3.3.2 Resistência sob ameaça ou violência (art.177 do CPM)

(p. ) – 3.3.3 Lesão Corporal (art.209 a 210 do CPM) (p. )– 4 Da Garantia da Lei e da Ordem (GLO) (p. ) – 4.1 Características das Operações de GLO (p. ) – 4.1.1 Operação militar determinada pelo Presidente da República (p. ) – 4.2 Da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999 (p. 8) – 5 Conclusão (p. 16)

## 1 INTRODUÇÃO

O tema proposto neste estudo, cuja pesquisa pretende-se desenvolver, concerne na demonstração de que, diversamente do que se tem buscado consolidar jurisprudencialmente, é competência da Justiça Militar da União (JMU) processar e julgar civis que cometam crimes contra militares pertencentes às Forças Armadas que atuam em missão de pacificação social nas favelas, isto é, em operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO).

Buscar-se-á analisar se estas operações realizadas pelos militares são ou não de natureza militar, para que se possa estudar se os crimes cometidos por civis contra os militares neste período de atividades são considerados crimes militares frente ao Código Penal Militar (CPM) e, assim sendo classificados, se é competência da JMU processá-los e julgá-los. Tal discussão se faz necessária, tendo em vista que parte significativa da jurisprudência tem buscado declarar essa Justiça Especializada incompetente para julgar os mencionados casos, desclassificando-os para o julgamento da Justiça Comum<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> “As ações penais relativas à ocupação dos morros cariocas pelas Forças Armadas são de competência da Justiça Militar da União. O entendimento é do Superior Tribunal Militar, que julgou, neste primeiro semestre, recursos contra decisões da Primeira Instância acerca dos crimes cometidos contra militares em serviço nos morros. O Plenário do STM analisou vários pedidos de trancamento de ação penal pedidos pela Defensoria Pública da União, suscitando a incompetência da Justiça Militar da União para apreciar os feitos”. MILITAR, Revista do Superior Tribunal. Informativo da Justiça Militar da União. Ano 8º, nº 9, outubro de 2012, pág.16.

Ademais, este estudo também apresenta relevância atual, pelo fato de que, como restará demonstrado, tanto a Constituição Federal de 1988 (CF/88) quanto as leis infraconstitucionais guardaram à JMU tal competência e dessa forma, não cabe à jurisprudência, por si só, com defensores de teoria diversa<sup>4</sup>, retirar da justiça castrense tal prerrogativa.

Tendo em vistas essas questões, o presente artigo avaliará se é competência da JMU processar e julgar civil que comete crime contra militares que participaram de operações de GLO. E, para isso, verificar-se-á se os crimes cometidos por civis, durante atividades de garantia da lei e da ordem exercidas pelos militares das Forças Armadas, são crimes militares ou crimes comuns; se as atividades subsidiárias desenvolvidas pelos militares das Forças Armadas nos casos de pacificação social em favelas, por meio do exercício de policiamento ostensivo, são atividades tidas como função de natureza militar, bem como se as disposições do art. 15, § 7º da Lei Complementar nº. 97, de 9 de junho de 1999, coadunam-se com os preceitos constitucionais referentes aos militares da União; e, por fim, avaliar os aspectos da competência da Justiça Militar e demonstrar que ela, apesar de reduzida pela própria CF/88, é constitucional.

Com base nas questões da pesquisa e nos objetivos desta resenha, supõe-se que não haverá mais dúvida de que tais crimes devam ser processados e julgados pela Justiça Militar, com a devida responsabilização dos agentes civis por tais atos criminais e, conseqüente valorização das atividades prestadas pelos militares nas operações de GLO.

---

<sup>4</sup> “Para as defensoras públicas da União Janete Zdanowski, Lycia Kameda e Lúcia Maria Lobo a ocupação militar no Complexo do Alemão e da Penha gerou uma controvérsia constitucional(...) Kameda diz que o que foi trazido pela Defensoria Pública da União (DPU) foi um debate doutrinário que já existe. “Os militares do Exército não estariam ali numa função determinada constitucionalmente. No caso, eles agem numa função de segurança pública, que são aquelas elencadas no artigo 144 da Constituição Federal”, defende. Para ela, a ocupação do Alemão é uma função de segurança pública, propriamente das corporações policiais e não das Forças Armadas”. MILITAR, Revista do Superior Tribunal. Informativo da Justiça Militar da União. Ano 8º, nº 9, outubro de 2012, pág.18.

Na metodologia utilizada, procurou-se uma abordagem descritiva do estudo, por meio de utilização do método jurídico-exploratório, com o estudo de artigos, livros e jurisprudências sobre o assunto.

Neste artigo, são expostas algumas questões da competência da JMU, sua estrutura, órgão, composição e princípios. Além disso, abordar-se o crime militar, com sua definição, classificação, bem como os principais crimes cometidos por civis contra os militares nas operações de GLO e, também, o conceito de função de natureza militar, conceito pilar para que os crimes mencionados neste estudo possam ser classificados como crimes militares.

Mais adiante, apresenta-se o conceito e as características das operações de Garantia da Lei e da Ordem, bem como a sua disciplina infraconstitucional pela Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999. E, por fim, conclui-se, demonstrando a atual competência da JMU para processar e julgar tais crimes.

## **2 DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO (JMU)**

A competência da Justiça Militar está prevista precipuamente na Magna Carta de 1988, em seu artigo 124, à qual compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não importando quem seja o sujeito ativo do crime:

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar. (grifou-se).

Neste diapasão, coube ao Decreto-Lei nº. 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), recepcionado pela Constituição Federal como lei ordinária, definir os crimes militares, tanto em tempo de paz,

como em tempo de guerra, respectivamente em seus artigos 9º e 10. Desse modo, caberá à Justiça Militar processar e julgar os crimes definidos no Código Penal Militar (CPM).

O que se buscará demonstrar mais adiante é que crimes praticados por civis contra militares exercendo atividade de garantia da lei e da ordem, por meio, por exemplo, de exercícios de atividades de pacificação em favelas, inserem-se no conceito de crime exposto no CPM, sobretudo em seu artigo 9º, inciso III, alínea “d”, o que inclui, dessa forma, a competência da JMU para processar e julgar tais casos.

Mas, para alcançar-se tal objetivo, necessário distinguir-se, primeiro, a Justiça Militar Federal da Justiça Militar Estadual. Àquela, diversamente desta, compete processar e julgar militares pertencentes às Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), bem como civis, que cometerem crime militar, caso deste estudo. Por outro lado, à Justiça Militar Estadual, conforme artigo 125, parágrafo quarto, da CF/88<sup>5</sup>, compete processar e julgar militares do Estado, ou seja, policiais e bombeiros militares que cometerem crimes militares, não cabendo, contudo processar e julgar civis.

Assim, visando regularizar a organização e funcionamento da Justiça Castrense, a Lei 8.457, de 4 de setembro de 1992, apresenta de forma detalhada a JMU e seus serviços auxiliares, cumprindo a lacuna legal estabelecida no parágrafo único do art. 124 da CF/88.

Essa lei ordinária enumera em sua primeira parte a Estrutura da JMU (Parte I), colacionando como órgãos integrantes desta Justiça, em tempo de paz (art. 1º da Lei), o Superior Tribunal Militar (STM); a Auditoria de Correição; os Conselhos de Justiça e os Juízes Auditores titulares e os

---

<sup>5</sup> Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

substitutos; e, já, em sua terceira parte (Parte III), os Conselhos Superiores de Justiça Militar, os Conselhos de Justiça e Juízes Auditores, estes três últimos, para o tempo de guerra (art.89 da Lei).

Atendo-se aos órgãos em tempo de paz, eles se dividem em órgãos de Primeira Instância, quais sejam: Auditorias propriamente ditas; Auditoria de Correição e os Conselhos de Justiça, que se dividem em Especial e Permanente; e o Superior Tribunal Militar, que funciona como órgão de segunda instância, mas que contém, também, competências originárias.

Toda a Justiça Castrense é dividida em Circunscrições Judiciárias Militares, sendo um total de 12 (doze) circunscrições da seguinte forma: a 1ª compreende os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo; a 2ª, o Estado de São Paulo; a 3ª, o Estado do Rio Grande do Sul; a 4ª, o Estado de Minas Gerais; a 5ª, os Estados do Paraná e Santa Catarina; a 6ª, os Estados da Bahia e Sergipe; a 7ª, os Estados de Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba e Alagoas; a 8ª, os Estados do Pará, Amapá e Maranhão; a 9ª, os Estados do Mato Grosso do Sul e Mato Grosso, a 10ª, os Estados do Ceará e Piauí; a 11ª, o Distrito Federal e Estados de Goiás e Tocantins e, por fim, a 12ª, os Estados do Amazonas, Acre, Roraima e Rondônia. Cada uma delas, excetuadas a primeira, a segunda, a terceira e a décima primeira<sup>6</sup>, terão 1 (uma) Auditoria, apenas.

As Auditorias, conforme já mencionado, são órgãos de primeira instância, equivalentes às varas da Justiça Comum. Possuem jurisdição mista, cabendo-lhes conhecer dos feitos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, e, são constituídas, por um Juiz-Auditor, um Juiz-Auditor Substituto, um Diretor de Secretaria, dois Oficiais de Justiça Avaliadores e demais auxiliares<sup>7</sup>. Pode-se denominá-las de Auditorias propriamente ditas.

---

<sup>6</sup> A primeira circunscrição, possui um total de 4 Auditorias, a terceira, três Auditorias e a segunda e a décima, duas Auditorias (art.11 da Lei 8.457/92).

<sup>7</sup> Veja artigos 11 e 15 da Lei 8.457/92).

Por sua vez, a Auditoria de Correição, órgão de fiscalização e orientação judiciário-administrativa, é exercida pelo Juiz-Auditor com jurisdição em todo o território nacional, constituída também por um Diretor de Secretaria e auxiliares, além do Juiz-Auditor Corregedor<sup>8</sup>.

Os Conselhos de Justiça são órgãos colegiados que se dividem em duas espécies: o Especial de Justiça e o Permanente de Justiça. O primeiro, especificado na letra “a”<sup>9</sup> do art.16 da Lei de Organização da Justiça Militar (LOJMU), é competente para julgar os oficiais, exceto os oficiais gerais, sendo constituído para cada processo e dissolvido ao final dos seus trabalhos, formado por um Juiz-Auditor e quatro Juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade de posto.

Já o segundo, tipificado na letra “b”<sup>10</sup> do artigo supramencionado, julga praças e civis, funcionando por um período de 3 (três) meses, coincidindo com o calendário civil, podendo, contudo, ter sua jurisdição prorrogada nos casos previstos em lei. Será constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão.

Conforme anotam Cláudio Amim Miguel e Nelson Coldibelli<sup>11</sup>, os princípios da jurisdição do foro militar são os mesmos que orientam o foro comum, à exceção de algumas peculiares como, por exemplo, o sorteio e o

---

<sup>8</sup> Art.12 ao art. 14 da Lei 8457/92 (LOJMU).

<sup>9</sup> Art. 16, letra “a” da LOJMU: “a) Conselho Especial de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor e quatro Juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade”.

<sup>10</sup> Art. 16, letra “b” da LOJMU: “b) Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão”.

<sup>11</sup> MIGUEL, C. A. M.; COLDIBELLI, N. *Elementos de Direito Processual Penal Militar*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000, ob. cit., Assis, Jorge Cesar de. Código de Processo Penal Militar Anotado. 1º Volume (arts. 1º ao 383). 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 85-86.

compromisso, na investidura de juízes militares que compõem os Conselhos de Justiça. Assim, os princípios da Indeclinabilidade, da Indelegabilidade, da Improrrogabilidade e da Relatividade são comuns a uma e a outra justiça. Dessa forma, pode-se dizer que não se diferem os elementos ou caracteres intrínsecos da jurisdição, que “são os poderes de conhecimento, chamamento a juízo, coerção, julgamento e execução de decisões proferidas”<sup>12</sup>.

Assim, se um civil for sujeito ativo de crime militar contra instituição estadual (Polícia Militar ou Bombeiro), será julgado pela Justiça Comum<sup>13</sup>, conforme preceitua a súmula 53 do Superior Tribunal de Justiça: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais”. Por outro lado, se o civil for sujeito ativo de crime militar contra as instituições militares federais (Marinha, Exército ou Aeronáutica) será processado e julgado pelo Conselho Permanente de Justiça, tendo como instância superior o Superior Tribunal Militar.

O STM, composto de 15 Ministros vitalícios com todas as garantias asseguradas aos juízes, quais sejam, vitaliciedade, inamovibilidade, e irredutibilidade de vencimentos, possui competência originária, para processar e julgar oficiais gerais das Forças Armadas que cometam crimes militares, e derivada, para processar e julgar todos os recursos provenientes das auditorias militares distribuídas pelo território brasileiro.

Dessa forma, diversamente do que ocorre com a Justiça Militar Estadual, à Justiça Militar Federal foi dada a competência para processar e julgar civis que cometam crimes militares em face das instituições militares federais.

---

<sup>12</sup> ASSIS, J. C. *Código de Processo Penal Militar Anotado*. 1º Volume (arts. 1º ao 383). 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 85.

<sup>13</sup> Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

### 3 CRIME MILITAR

#### 3.1 Definição e Classificação de Crime Militar

Infrações penais militares são aquelas que, por força da Magna Carta de 1988 (em seus arts. 124 e 125, parágrafo 4º), possuem previsão de existência<sup>14</sup>, sendo norma complementada pelos artigos 9º e 10 do CPM. Conforme Jorge César de Assis<sup>15</sup>:

Crime Militar – é toda violação acentuada ao dever militar e aos valores das instituições militares. Distingue-se da transgressão disciplinar porque esta é a mesma violação, porém sua manifestação elementar e simples. A relação entre crime militar e transgressão disciplinar é a mesma que existe entre crime e contravenção penal.

Para conceituar crime militar, a doutrina estabeleceu critérios<sup>16</sup>: processualista, *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione loci*, *ratione temporis* e *ratione legis*.

Segundo o critério processualista, crime militar seria todo aquele submetido à jurisdição da Justiça Militar. Esse critério, conforme professor Magalhães da Rocha<sup>17</sup>, “não oferece critério aceitável cientificamente, tendo em vista a separação nítida dos conceitos de tipos de ilícitos e de jurisdição”, ou seja, não se pode confundir o conceito de crime militar, direito material, com jurisdição militar, direito processual.

O critério *ratione materiae* é aquele que conceitua crime militar como aquele no qual “se verifique a dupla qualidade militar – no ato e no agente”, ou seja, crime militar é aquele praticado por militar em

<sup>14</sup> ALVES-MARREIROS, A.; ROCHA G.; FREITAS, R. *Direito Penal Militar – Teoria Crítica e Prática*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 137 e 138.

<sup>15</sup> ASSIS, J. C. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais superiores*./7. ed. (ano 2010), 3ª reimp./ Jorge Cesar de Assis/. Curitiba: Juruá, 2013, p. 44.

<sup>16</sup> BANDEIRA, E. *Direito Penal Militar Brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1925. vol. I.

<sup>17</sup> Revista do Superior Tribunal Militar, nº 1, p. 203.

razão da matéria, do assunto. Já o critério *ratione personae* busca conceituar crime militar como aquele cujo sujeito ativo é militar, isto é, atende exclusivamente à qualidade de militar do agente.

Quanto a esses critérios, *ratione materiae* e *ratione personae*, Esmeraldino Bandeira afirma que, originariamente eram adotados na classificação de crime militar:

parecendo filiar-se o primeiro, ao Direito Romano primitivo, e o segundo, ao Direito Germânico inicial. A preferência de um sobre o outro dos referidos critérios assentava na razão política de que em Roma o cidadão sobreleva ao soldado, ao passo que na Germânia o soldado sobranceava ao cidadão. Com a instituição dos exércitos permanentes e com o desenvolvimento da disciplina e do direito especial das forças armadas, os dois critérios se articularam para a caracterização do crime militar.<sup>18</sup>

O critério *ratione loci* leva em consideração o local do crime. Assim, se o crime ocorreu em local sob a administração militar, estará diante de um crime militar. Por sua vez, o critério *ratione temporis*, conceitua crimes militares aqueles praticados em tempo de guerra ou durante o período de manobras ou exercícios. E, por fim, o critério *ratione legis*, que determina que são crimes militares aqueles previstos em leis.

Diante disso, majoritariamente, a doutrina concorda que o critério adotado pelo Código Penal Militar foi o critério *ratione legis*, uma vez que, em seus artigos 9º e 10, enumera, taxativamente, as hipóteses de crime de militar. Importante destacar que, os demais critérios não foram desprezados, sendo utilizados de forma mista nos incisos e alíneas dos referidos artigos.

---

<sup>18</sup> BANDEIRA, E. *Direito, Justiça e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1919, 1º vol., p. 25.

### Crimes militares em tempo de paz

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada. (Vide Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período

de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica. (Redação dada pela Lei nº 12.432, de 2011)

Crimes militares em tempo de guerra

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.

Como este estudo se limita a analisar, especificadamente, a hipótese do art. 9º, inciso III, alínea “d”, cumpre destacar que esta tipificação faz uma mistura dos critérios *ratione personae* e *ratione temporis*, uma vez que o sujeito passivo é o militar que esteja no exercício de sua atividade nas seguintes hipóteses:

Art. 9º, inciso III, alínea “d” do CPM:

III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior. (grifou-se).

Para concluir o conceito de crime militar, ressalta-se uma observação relevante de Célio Lobão<sup>19</sup>, no sentido de que, têm como agentes o civil e o militar as ofensas definidas na lei repressiva militar que dizem respeito à destinação constitucional, às atribuições legais das instituições castrenses, à integridade e à normalidade de seu funcionamento, à autoridade militar e ao serviço militar, enquanto que as que afetam a disciplina e a hierarquia, conceitos base das Instituições Militares, por constituírem violação ao dever castrense, têm como sujeito ativo, exclusivo, o militar, devendo-se, contudo, sempre levar em consideração a observância dos requisitos do art. 9º do CPM.

Tendo sido explorado, sucintamente, o conceito de crime militar, passa-se à breve análise de sua classificação, algo não unânime pela doutrina, mas que, de forma prática, pode ser dividida em duas principais: crimes propriamente militares e crimes impropriamente militares.

---

<sup>19</sup> LOBÃO, C., 1929. Comentários ao Código Penal Militar. Vol.1 – Parte Geral/ Célio Lobão. –Rio de Janeiro: Forense, 2011, pág.31.

Os crimes propriamente militares seriam aqueles praticados somente por militar, sendo esta uma qualidade essencial do agente para que o fato delituoso se configure. Em outras palavras, crime propriamente militar é todo aquele em que o sujeito ativo é militar, como por exemplo, o motim e a revolta (arts. 149 a 153, do CPM); a violência contra superior (art.157 do CPM); a recusa de obediência (art. 163 do CPM); e a deserção (arts. 187, 188, 190, 191, 192 e 194).

Segundo Crysólito Gusmão<sup>20</sup>:

o grupo específico dos crimes propriamente militares é constituído por infrações que prejudicam os alicerces básicos e específicos da ordem e da disciplina militar, que esquecem e apagam, com seu implemento, um conjunto de obrigações e deveres específicos do militar que só como tal o pode infringir.

Acrescentam alguns doutrinadores<sup>21</sup> que, além de ser crime especificadamente praticado por militar, os crimes propriamente militares são todos aqueles em que só há previsão legal no Código Penal Militar, sem correspondência na lei penal comum.

O Autor Alves Marreiros<sup>22</sup> traz à reflexão o fato de civis poderem cometer crimes militares.

Por sua vez, crime impropriamente militar, também denominado de acidentalmente militar, são aqueles que estão definidos tanto no CPM

---

<sup>20</sup> GUSMÃO, Crysólito de. Direito Penal Militar. Rio de Janeiro: Jr. Dos Santos, 1915, pág.48-49.

<sup>21</sup> Neste sentido entendem Célio Lobão, Alves Marreiros e Jorge César de Assis.

<sup>22</sup> Conforme o autor trata-se de uma questão lógica e não jurídica, uma vez que, segundo ele, qualquer um pode ofender a hierarquia e a disciplina militares: “Qualquer um pode, por exemplo, incitar à desobediência e à indisciplina, ou aliciar militar para um motim ou revolta, ou incitar um militar a um crime, por exemplo de violência contra superior. Em todos os casos exemplificados, seja o agente civil ou militar estará ofendendo a hierarquia e a disciplina, ainda que não esteja submetido a elas”. ALVES-MARREIROS, Adriano, ROCHA Guilherme e FREITAS, Ricardo. Direito Penal Militar – Teoria Crítica e Prática. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 133.

quanto no Código Penal Comum (CP), e que se tornam militares por se enquadrarem em um dos requisitos estabelecidos pelos arts. 9º e 10. Assim, conforme Célio Lobão:

É a infração penal prevista no Código Penal Militar que, não sendo 'específica e funcional da profissão de soldado', lesiona bens ou interesses militares relacionados com a destinação constitucional e legal das instituições castrenses, tendo como sujeito ativo o militar ou o civil.<sup>23</sup>

Como exemplos desta classificação, tem-se o crime de desacato a militar (art. 299 do CPM); de resistência sob ameaça ou violência (art.177 do CPM); de lesão corporal (art.209 a 211 do CPM); e ameaça (art.223 do CPM), que também previstos na legislação penal comum, bem como na castrense, possuem natureza militar nos moldes estabelecidos pelas alíneas do art. 9º do CPM.

Destaca-se que esses foram os principais crimes militares cometidos por civis contra militares das Forças Armadas (FA), quando estes, no exercício de sua função constitucional, exerceram funções militares, de policiamento e garantia da lei e da ordem, nas operações de pacificação em comunidades, sobretudo na cidade do Rio de Janeiro.

Logo, os crimes acima mencionados, alvo do presente estudo, classificam-se, dentro da doutrina e da jurisprudência, como crimes impropriamente militares.

### **3.2 Do conceito de Função de Natureza Militar**

Ponto crucial deste estudo é a demonstração de que a função exercida pelos militares das FFAA, quando em operações de garantia da lei e da ordem, é de natureza militar. Isso, pois, é essa natureza que legitima a competência da JMU para processar e julgar os civis nos crimes ocorridos naquela ocasião.

---

<sup>23</sup> LOBÃO, C. *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 44.

Neste diapasão, mister se faz conceituar “função”, para posteriormente compreender o que é função de natureza militar.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, função é “a atribuição ou conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional.<sup>24</sup>”

Se a função propriamente dita é um conjunto de atribuições conferidas a cada categoria profissional, função militar, paralelamente, é o conjunto de atribuições imprimidas aos militares. Tais atribuições são concedidas por disposições legais, incluindo regulamentos, instruções ou determinações de autoridade competente ao militar, seja ele federal ou estadual.

Assim, esse conceito não é um conceito restritivo às atividades de caráter bélico, atividades propriamente militares, mas também diz respeito às denominadas “atividades subsidiárias”, ou seja, relacionadas ao exercício de polícia, entre elas, o da polícia naval, terrestre, aérea, além de outras.

Se a função *lato sensu*, conforme Meirelles, é toda aquela conferida pela Administração à determinada categoria profissional, pode-se dizer que se incluem como função de natureza militar tanto as destinadas a guarnecer as unidades militares, pequenas e grandes, de tudo o quanto é necessário para que a corporação militar atenda à sua destinação constitucional (aquisição de armamento, por exemplo), quanto às funções conferidas por lei, atribuições para a consecução de fim de interesse da coletividade<sup>25</sup>.

Esse conceito é um ponto que levanta polêmica, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) a prática de buscar sua restrição. Tem-se, para linhas deste estudo, que quaisquer atividades que possam ser legalmente desempenhadas por militares são atividades de natureza militar, tendo em vista o suporte legal existente para tanto. O Estatuto dos Militares, Lei 6.880 de 9 de dezembro de 1980, define, em seu art. 23, que “Função militar é o exercício das obrigações inerentes ao cargo militar”; em seu art. 20, “Cargo

---

<sup>24</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 17 ed. Pag. 361, ob cit. LOBÃO, Célio. Comentários ao Código Penal Militar: Vol I – Parte Geral/ Célio Lobão – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

<sup>25</sup> CRETELA JÚNIOR, José. Enciclopédia Saraiva, v. 38, p. 511.

militar é um conjunto de atribuições, deveres e responsabilidades cometidos a um militar em serviço ativo”; e, por fim, em seu art. 26, parágrafo único, o seguinte:

Art. 26. As obrigações que, pela generalidade, peculiaridade, duração, vulto ou natureza, não são catalogadas como posições tituladas em “Quadro de Efetivo”, “Quadro de Organização”, “Tabela de Lotação” ou dispositivo legal, são cumpridas como encargo, incumbência, comissão, serviço ou atividade, militar ou de natureza militar.

Parágrafo único. Aplica-se, no que couber, a encargo, incumbência, comissão, serviço ou atividade, militar ou de natureza militar, o disposto neste Capítulo para cargo militar. (grifou-se)

Porém, apesar disso, o que se tem observado jurisprudencialmente<sup>26</sup> é a restrição do referido conceito, com a conseqüente tentativa de retirada de competência de a JMU.

Quando o art. 9º, inciso III, alínea “d”<sup>27</sup>, estabelece os requisitos para que crimes praticados por civis em face das instituições militares, contra militares em função de natureza militar ou no desempenho de serviço de garantia e preservação da ordem pública, não restam dúvidas de que, quando um civil profere palavras ofensivas ou atira objetos na tropa, visando menosprezar a função exercida por militares do Exército, conforme ocorreu no patrulhamento do Complexo do Alemão e da Penha, no Rio de Janeiro, tratar-se-á de crime militar e que, diante disso, por ferir Instituição Militar Federal, no presente caso, o Exército, será ele julgado e processado

<sup>26</sup> HC 112936 de 17.05.2013.

<sup>27</sup> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior. (grifou-se).

perante a Justiça Militar da União<sup>28</sup> por crime de desacato a militar (art. 299 do CPM).

Isso, pois, o militar que está exercendo aquela função é da ativa, encontra-se sob ordem de serviço para atuar, devendo atuar, sob pena de sanções disciplinares, sendo essa atuação legitimada em lei e, devido a isso, ele tem de ser protegido contra atos que possam denegrir sua integridade física e moral. O desrespeito àquele militar que está, em prol de um bem maior, prestando serviços para a sociedade, impõe-se como desrespeito à própria Instituição Castrense, e tal desrespeito, que na verdade se configura em crime, tem de ser punido, dentro dos limites legais, conforme estabelece o CPM.

O regular desempenho das atividades desempenhadas pelas Instituições Militares, sejam federais ou estaduais, é essencial para o cumprimento de suas finalidades constitucionais. Denota-se, assim, a preocupação em se garantir a eficiência e a eficácia da atuação dessas instituições.

Nas palavras de Antônio Pereira Duarte<sup>29</sup>: “Quando praticada uma ação delituosa contra um militar de serviço – e aqui envolve vários atos de serviço, são atingidas as próprias Instituições Militares, razão por que o delito se especializa, caracterizando-se como militar”.

Se o legislador escolheu o Direito Penal Militar como um ramo especial do Direito Penal Comum e, estabeleceu, claramente, regras para a sua aplicação, bem como regras de competência para o processamento e julgamento do sujeito ativo que comete delito, isso deve ser observado, ao passo que, não se fala em inconstitucionalidade desse Direito especial. Ao contrário disso, a própria Constituição, como demonstrado anteriormente,

---

<sup>28</sup> Conforme já exposto neste estudo, cabe à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei (art. 124 da CF/88).

<sup>29</sup>DUARTE, Antonio Pereira. Ato de serviço e suas conotações administrativa e penal militares. Texto de Palestra proferida aos Oficiais Gerais do Estado Maior da República de Angola, no dia 23 de julho de 2008. Disponível em: <<http://www.mpm.gov.br/site/mpm/servicos/assessoria-de-comunicacao/Palestra%20Duarte%20202.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

atribuiu competência à Justiça Militar para processar e julgar os crimes militares estabelecidos em lei.

Verifica-se, no artigo 142 da Constituição Federal, a destinação das FFAA, sendo incluída como tal, a garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas. (grifou-se)

Dessa forma, mais do que uma função de natureza militar, é uma destinação constitucional das Forças Armadas operacionalizarem atividades que garantam os poderes constitucionais, bem, como a lei e a ordem.

O parágrafo único do artigo supramencionado foi regulado pela Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, e suas alterações (LC nº 97/99) e que, conforme será demonstrado adiante, respalda legalmente o conceito de função de natureza militar.

Diante do exposto, firmados os conceitos de função, aquele estabelecido por Hely Lopes Meirelles e de função de natureza militar, esclarece-se, de forma conceitual, que as atividades exercidas para pacificação de comunidades inserem-se nesse conceito, ao passo que, os militares, naquela situação, encontram-se em serviço, no desempenho de seu cargo, enquanto militar do serviço ativo. Destarte, os crimes cometidos em face desses militares devem ser processados e julgados pela JMU, consoante preceitua o art. 124, parágrafo único, da CF/88.

### 3.3 Crimes Militares praticados por Civil em face de militares em atividades de pacificação em favelas

Antes de partir para uma análise mais profunda do que seriam as atividades exercidas pelos militares nas comunidades do Rio de Janeiro, suas características e peculiaridades, bem como a demonstração que essas atividades estão respaldadas em lei e são, conforme já demonstrado acima, função de natureza militar, imperioso expor os principais crimes militares praticados por civis nessas ocasiões.

Os crimes mais comuns apurados nas operações de pacificação realizadas em favelas, a exemplo da “Operação Arcanjo”<sup>30</sup>, realizada no período de dezembro de 2010 a junho de 2012, com a ocupação do Complexo da Penha e do Alemão no Rio de Janeiro, e da Operação de Ocupação do Complexo da Maré, em abril de 2014, são: crime de desacato a militar (art. 299 do CPM); crime de resistência sob ameaça ou violência (art.177 do CPM); crime de lesão corporal (art.209 a 210 do CPM); e crime de ameaça (art.223 do CPM), que foram cometidos por civis, grande parte deles, moradores das referidas comunidades, tanto de forma singular, como em concurso de crimes.

Para melhor esclarecer, far-se-á comentários aos mencionados tipos penais nas sublinhas a seguir:

---

<sup>30</sup> “No início da operação, impressionou o número de Autos de Prisão em Flagrante, autuados pelos militares do Exército, notadamente nos crimes previstos no artigo 177 – resistência mediante ameaça ou violência; artigo 299 – desacato a militar – e artigo 301 – desobediência todos capitulados no Código Penal Militar (CPM). Segundos os dados da delegacia judiciária militar, somente nos seis primeiros meses da Operação Arcanjo I e II, entre dezembro de 2010 e maio de 2011, por exemplo, foram registradas 50 autuações por desacato; 34 por desobediência; 30 por injúria real (agressão); 17 por ameaça e 6 por lesão corporal tentada. O total chegou a mais de cem autuações”. MILITAR, Revista do Superior Tribunal. Informativo da Justiça Militar da União. Ano 8º, nº 9, outubro de 2012, pág.15

### 3.3.1 Desacato a Militar (art. 299 do CPM)

No CPM este crime é assim tipificado: “Art. 299. Desacatar militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime”.

O bem tutelado nesse dispositivo é a Administração Militar<sup>31</sup>, tendo semelhanças com o art. 331<sup>32</sup> do CP, que prevê o desacato a funcionário público no exercício da função ou em função dela.

O sujeito ativo deste delito pode ser qualquer pessoa, inclusive o civil, podendo ocorrer as seguintes situações<sup>33</sup>: se o civil desacata militar

---

<sup>31</sup> EMBARGOS INFRINGENTES. DESACATO PRATICADO POR CIVIL. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITUOSA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 90-A DA LEI Nº 9.099/95. INCOMPETÊNCIA DO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE.

"In tela", o Civil desobedeceu às ordens dos militares da Força de Pacificação, que realizavam ponto de bloqueio no Complexo da Maré, bem como resistiu à revista de rotina e, em atitude agressiva e hostil, proferiu vários xingamentos e ameaças aos membros da equipe.

Não há como executar, provisoriamente, a pena, haja vista que esta Corte Superior, por acumular as funções típicas dos Juízos de segunda Instância, reexamina as matérias fático-probatórias, com possibilidades de a condenação ser revista ou a absolvição alcançada. Este Tribunal vem decidindo pela constitucionalidade do art. 90-A da Lei dos Juizados Especiais Criminais, bem como que não se aplica a referida Legislação nesta Justiça, por expressa vedação legal.

A alegação de nulidade do feito, por incompetência do Conselho Permanente de Justiça para julgar civis que cometam crimes militares, também não merece prosperar, tendo em vista que o julgamento monocrático de civil não possui previsão legislativa.

Enquanto o Projeto de Lei que visa alterar o rito de julgamento não for finalizado, vigorará o disposto no inciso II do art. 27 da Lei nº 8.457/92 (LOJM).

O STF entendeu que essa norma, ao organizar a Justiça Militar da União, criando os Conselhos de Justiça e confiando-lhes a missão de prestar jurisdição criminal, não viola a Constituição Federal em vigor nem a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (HC nº 115.530/PR).

Embargos rejeitados. Decisão por maioria. (Acórdão nº. 0000229-31.2014.7.01.0201 Ministro Relator: Odilson Sampaio Benzi UF: DF Decisão: 15/02/2017, Data da Publicação: 24/02/2017 DJE).

<sup>32</sup> Art. 331 – Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

<sup>33</sup> ASSIS, J. C. *Código de Processo Penal Militar Anotado*. 1º Volume (arts. 1º ao 383). 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012, página 660 e 661.

das Forças Armadas no exercício de função de natureza militar ou em razão dela, como nos casos do presente estudo<sup>34</sup>, a competência é da Justiça Militar Federal, pois o fato atenta contra as instituições militares federais. Porém, se desacata Polícias Militares ou Corpo de Bombeiros Militares no exercício de função militar ou em razão dela, a competência é da Justiça Comum, caracterizando o desacato do art. 331 do CP.

### **3.3.2 Resistência sob ameaça ou violência (art.177 do CPM)**

Este crime é assim disciplinado: “Art. 177. Opor-se à execução de ato legal, mediante ameaça ou violência ao executor, ou a quem esteja prestando auxílio”.

O objeto jurídico deste dispositivo legal é a autoridade daquele que executa ou tenta executar o ato legal ao qual o agente se opõe e o prestígio da função pública.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, militar ou civil. Conforme anotam Cícero Robson Coimbra Neves e Marcelo Streifinger<sup>35</sup>:

---

<sup>34</sup> “Oitenta e dois civis já foram presos, autuados em flagrante e mandados para a prisão acusados de crimes militares no conjunto de favelas do Complexo da Maré, ocupado há seis meses pelas Forças Armadas. O número representa 20% do total de presos até agora no conjunto de favelas, desde abril. Eles foram detidos por desacato, desobediência e lesão corporal, crimes praticados contra militares em serviço. A Maré está sob o regime de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), medida constitucional que permite aos militares atuarem como força de segurança pública.

No mesmo período, 333 pessoas foram presas acusadas de crimes comuns, como tráfico de drogas e armas. Forças do Exército e da Marinha, com o apoio de tropas estaduais, tomaram a região no dia 5 de abril deste ano e devem permanecer até o dia 31 de dezembro, depois de um acordo de permanência acertado entre os governos federal e estadual. A operação, batizada de São Francisco, é o primeiro passo para a chegada de unidades de Polícia Pacificadora à Maré.

A prisão de civil por crime militar no Complexo da Maré é prevista no artigo 9º (que trata de crimes militares em tempo de paz) do decreto-lei 1.001 de 21 de outubro de 1969 (...)” Leia mais: <https://oglobo.globo.com/rio/forcas-armadas-prendem-82-civis-acusados-de-crimes-militares-na-mare-em-seis-meses-14265092#ixzz4gzuvBX8B>.

<sup>35</sup> NEVES, Cícero Robson Coimbra. STREIFINGER, Marcelo. Manual de Direito Penal Militar. 4ª ed. Editora Saraiva, 2014, página 821.

No caso de sujeição ativa de um civil, deve-se frisar que somente será possível a ocorrência do delito em âmbito federal. Do contrário, caso a resistência ocorra contra ato de autoridade militar estadual, a tipificação deverá ser buscada na legislação penal comum, especificamente no art. 329 do CP comum. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar, e, eventualmente, o executor ou aquele que o auxilia na execução do ato legal (sujeito passivo mediato). (sem grifos no original)

Destaca-se que para a ocorrência do fato típico, o autor deve opor-se à execução de ato legal. Segundo José Silva Loureiro Neto<sup>36</sup>, opor-se significa impelir, resistir, recusar, devendo esta oposição manifestar-se de duas formas: ou por meio de violência física (socos, pontapés e etc) ou por meio de ameaça, promessa por meio idôneo de um mal injusto e grave.

Ademais, no caso de ocorrer efeito danoso em razão da conduta do autor, ocorrerá o concurso material de crimes e a cumulação das penas, como por exemplo, em concurso com lesão corporal, desacato a militar.

### ***3.3.3 Lesão Corporal (art.209 a 210 do CPM)***

Quanto à lesão corporal, o art. 209 do CPM diz o seguinte sobre a lesão leve: “Art. 209. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano”.

Esse artigo reproduz, de forma quase que idêntica, o CP comum, em seu art. 129 e seus parágrafos, ressaltando-se que o CPM não prevê entre as consequências da lesão corporal a aceleração do parto e nem o aborto, o que é alvo de críticas por autores, haja vista que atualmente, com crescimento do número de mulheres nas fileiras das Forças Armadas e Polícias Militares, são consequências possíveis de ocorrer.

---

<sup>36</sup> LOUREIRO NETO, José da Silva. Direito Penal Militar. São Paulo: Atlas, 1993, pág.142.

Aqui, o que se busca tutelar é a integridade física da pessoa. Como sujeito ativo pode ser qualquer um, militar ou não. Como no subitem “b”, o civil aqui só será submetido à Justiça Militar caso ofenda as Instituições Militares Federais; caso contrário, consoante art. 125, parágrafo quarto, da CF/88, será processado e julgado pela Justiça Comum.

Os parágrafos do referido art. 209 tratam das especificidades do crime de lesão corporal, que não cabem a este estudo adentrar, tendo em vista que a função maior é analisar a competência e não se aprofundar nos elementos do tipo penal em si.

### **3.3.4 Ameaça (art.223 do CPM)**

Exposto no CPM da seguinte forma:

Art. 223. Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de lhe causar mal injusto e grave:

Pena – detenção, até seis meses, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. Se a ameaça é motivada por fato referente a serviço de natureza militar, a pena é aumentada de um terço.

A objetividade jurídica deste tipo é a liberdade individual e a autodeterminação da pessoa, sendo elementos do crime a manifestação dolosa, por parte do sujeito ativo de causar ao sujeito passivo um mal, atual ou futuro.

Porém, Rogério Greco<sup>37</sup> possui entendimento diverso, no qual o presente artigo busca tutelar o “sentimento de segurança na ordem jurídica, que seria aviltada pela intranquilidade gerada no espírito do cidadão” e não a proteção da liberdade psíquica do sujeito passivo.

---

<sup>37</sup> GRECO, Rogério. Op. cit., p. 329, apud, NEVES, Cícero Robson Coimbra. STREIFINGER, Marcelo. Manual de Direito Penal Militar. 4ª ed. Editora Saraiva, 2014, página 1035.

Pode ser agente qualquer pessoa, militar ou civil. Ademais, este delito pode ser configurado por palavra, escrito, gesto ou qualquer outro meio simbólico.

Para fechamento deste capítulo, segue jurisprudência do Superior Tribunal Militar, elencando, conforme demonstrado, os crimes aqui listados como os principais cometidos por civis em operações de GLO:

HABEAS CORPUS. PACIENTE CIVIL. FORÇA DE PACIFICAÇÃO. OPERAÇÃO GLO (GARANTIA DA LEI E DA ORDEM). ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL MILITAR POR INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. IMPROCEDÊNCIA. LEI Nº 9.099/95. INAPLICABILIDADE. Hipótese de operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), em comunidades do Complexo da Maré, na cidade do Rio de Janeiro, em que um Civil foi preso em flagrante delito por ter, em tese, praticado os delitos previstos nos arts. 299, 209, 177 e 223, todos do CPM, ao ser abordado, durante um patrulhamento, por integrantes da Força de Pacificação. A competência da Justiça Castrense é fixada em razão de o crime militar estar definido em lei. As condutas imputadas ao Paciente estão definidas no art. 9º, inciso III, alínea “d”, do CPM, como crimes militares. A Força de Pacificação é atividade militar subsidiária e executada em operações de GLO, prevista como uma função das Forças Armadas brasileiras, como se vê no art. 142 da CF e na LC 97/99. Compete, portanto, à Justiça Militar processar e julgar civil acusado de condutas, em tese, delituosas, praticadas contra militar das Forças Armadas no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, conforme a jurisprudência desta Corte e do STF. A Lei nº 9.839/99 veda a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 no âmbito da Justiça Militar da União. Precedentes do STF. Ordem de habeas corpus denegada. Unânime. (HC – HABEAS CORPUS nº. 0000086-56.2015.7.00.0000 UF: RJ Decisão: 02/06/2015 Ministro Relator: Lúcio Mário de Barros Góes Data da Publicação: 07/12/2015, DJE).

## 4 DA GARANTIA DA LEI E DA ORDEM (GLO)

As missões de Garantia da Lei e da Ordem ocorrem nos casos em que há o esgotamento das forças tradicionais de segurança pública, em graves perturbações da ordem. São missões reguladas pelo art. 142, *caput*, da CF/88, como já demonstrado no subitem 2.2 do Capítulo 2 “Crime Militar”, pela LC nº 97/99, como será demonstrado mais adiante e, também, pelo Decreto nº. 3.897, de 24 de agosto de 2001, que fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, e dá outras providências.

Nessa ocasião, aos militares das FFAA é atribuída, provisoriamente, a faculdade de atuar com o poder de polícia até o restabelecimento da normalidade. Logo, atuam de forma episódica, em área restrita e por tempo determinado, com o fito de preservar a ordem pública, garantir a integridade da sociedade e o regular funcionamento das instituições.

Exemplo de atuação das Forças Armadas em operações de GLO são as já mencionadas neste estudo, como a “Operação Arcanjo”; a “Operação Complexo da Maré”, que se traduzem em operações de pacificação do Governo Estadual. Além das do foco deste estudo, podem-se citar como exemplos: Atuação no “Rio + 20”, em 2012; na Copa das Confederações da FIFA e na visita do Papa Francisco a Aparecida, São Paulo, e ao Rio de Janeiro durante a Jornada da Mundial da Juventude, em 2013; na Copa do Mundo de 2014; e nos Jogos Olímpicos Rio 2016.

Dada às diretrizes iniciais, passa-se a caracterizar mais detalhadamente as operações de GLO.

### 4.1 Características das Operações de GLO

No início do ano de 2014, o Ministério da Defesa publicou o Manual de Garantia da Lei e da Ordem – MD33-M-10 (2ª – Edição/2014), por meio da Portaria Normativa nº. 186/MD, de 31 de janeiro de 2014, com o objetivo de padronização das rotinas e servir de instrumento consultivo, educativo e doutrinário para as Forças que participam das missões de GLO.

Frisa-se que, a atuação das FFAA na GLO, estabelecida pelo art. 142 da CF/88, só veio a ser disciplinada, em âmbito infraconstitucional, pela LC nº. 97/99, e sua forma de emprego, por meio do Decreto nº 3.897/01.

Diante dessa previsão constitucional e seu respectivo amparo legal, pode-se conceituar Operação de Garantia da Lei e da Ordem (Op GLO) como:

Uma operação militar determinada pelo Presidente da República e conduzida pelas Forças Armadas de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, que tem por objetivo a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio em situações de esgotamento dos instrumentos para isso previstos no art. 144 da Constituição ou em outras em que se presuma ser possível a perturbação da ordem (Artigos 3º, 4º e 5º do Decreto Nº 3.897, de 24 de agosto de 2001)<sup>38</sup>.

E, de seu conceito, são ressaltadas as seguintes características:

#### ***4.1.1 Operação militar determinada pelo Presidente da República***

Consoante art. 15, *caput*, da LC nº. 97/99, a decisão pelo efetivo emprego das FFAA em Op GLO é de responsabilidade do Presidente da República, por iniciativa própria, ou por atendimento a pedido manifestado por qualquer dos poderes constitucionais, por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados.

A decisão presidencial de emprego das FFAA em Op de GLO é comunicada ao Ministro de Estado da Defesa por meio de documento oficial. Este, por sua vez, expedirá a Diretriz, pela qual serão ativados os órgãos operacionais das Forças Armadas.

---

<sup>38</sup> Manual de Garantia da Lei e da Ordem – MD33-M-10 (2ª – Edição/2014, pág.14, 15, disponível em <[www.defesa.gov.br/arquivos/File/doutrinamilitar/.../md33\\_m\\_10\\_glo\\_1\\_ed2013.pdf](http://www.defesa.gov.br/arquivos/File/doutrinamilitar/.../md33_m_10_glo_1_ed2013.pdf)>. Acesso em: 13 abr. 2017.

#### ***4.1.2 Forma episódica, em aérea previamente estabelecida e por tempo limitado***

As operações de GLO seguirão diretrizes de emprego, podendo ocorrer com o emprego integrado e conjunto entre a Marinha, o Exército e a Aeronáutica ou, de forma singular.

Em qualquer caso, haverá a atuação em um evento episódico, em área previamente estabelecida e por tempo determinado, conforme ocorreu nas operações “Arcanjo” e “Complexo da Maré”, sempre com observância aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e legalidade.

Decreto nº. 3.897, de 24 de agosto de 2001, art. 5º:

O emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, que deverá ser episódico, em área previamente definida e ter a menor duração possível, abrange, ademais da hipótese objeto dos arts. 3º e 4º, outras em que se presuma ser possível a perturbação da ordem, tais como as relativas a eventos oficiais ou públicos, particularmente os que contem com a participação de Chefe de Estado, ou de Governo, estrangeiro, e à realização de pleitos eleitorais, nesse caso quando solicitado.

Razoabilidade, pois as ações devem ser comedidas e moderadas; proporcionalidade, pois, não deve haver excesso por parte do integrante da tropa empregada na operação; e, finalmente, legalidade, necessidade de que as ações devem ser praticadas de acordo com os mandamentos da lei, sob pena de responsabilidade civil, disciplinar e criminal daquele que a inobserva.

Por fim, sublinha-se que tais operações serão realizadas de forma integrada, entre as FFAA atuantes e os órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e outros interessados, por meio do uso de Inteligência e Contra inteligência, com o levantamento de dados e conhecimentos essenciais às tomadas de decisões; com a moderação do uso da força e das restrições impostas às populações, limitando-se ao

mínimo necessário; buscando sempre, em primeiro lugar, a solução por meios pacíficos e, não sendo este possível, o uso progressivo da força e da comunicação social, com a finalidade de esclarecer à população envolvida e aos militares os seus direitos e garantias.

Visa preservar a ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, ocorrendo em situações de esgotamento dos instrumentos previstos no art. 144 da CF/88 e outras que se presuma possível à perturbação da ordem.

Ocorrerá o emprego das FFAA em variados tipos de situações e atividades, em face das diversas formas com que perturbações da ordem e as ameaças à incolumidade das pessoas e do patrimônio poderão apresentar-se, e levarão em conta o disposto no Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001, especialmente os artigos 2º, 3º, 4º e 5º<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup>Art. 2º É de competência exclusiva do Presidente da República a decisão de emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem.

§ 1º A decisão presidencial poderá ocorrer por sua própria iniciativa, ou dos outros poderes constitucionais, representados pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, pelo Presidente do Senado Federal ou pelo Presidente da Câmara dos Deputados.

§ 2º O Presidente da República, à vista de solicitação de Governador de Estado ou do Distrito Federal, poderá, por iniciativa própria, determinar o emprego das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem.

Art. 4º Na situação de emprego das Forças Armadas objeto do art. 3º, caso estejam disponíveis meios, conquanto insuficientes, da respectiva Polícia Militar, esta, com a anuência do Governador do Estado, atuará, parcial ou totalmente, sob o controle operacional do comando militar responsável pelas operações, sempre que assim o exijam, ou recomendem, as situações a serem enfrentadas.

§ 1º Tem-se como controle operacional a autoridade que é conferida, a um comandante ou chefe militar, para atribuir e coordenar missões ou tarefas específicas a serem desempenhadas por efetivos policiais que se encontrem sob esse grau de controle, em tal autoridade não se incluindo, em princípio, assuntos disciplinares e logísticos.

§ 2º Aplica-se às Forças Armadas, na atuação de que trata este artigo, o disposto no *caput* do art. 3º anterior quanto ao exercício da competência, constitucional e legal, das Polícias Militares.

Art. 5º O emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, que deverá ser episódico, em área previamente definida e ter a menor duração possível, abrange, ademais da hipótese objeto dos arts. 3º e 4º, outras em que se

Tal emprego poderá desdobrar-se em ações, sendo as principais<sup>40</sup>, entre outras: assegurar o funcionamento dos serviços essenciais sob a responsabilidade do órgão paralisado; controlar vias de circulação; desocupar ou proteger as instalações de infraestrutura crítica, garantindo o seu funcionamento; garantir a segurança de autoridades e de comboios; garantir o direito de ir e vir da população; impedir a ocupação de instalações de serviços essenciais; impedir o bloqueio de vias vitais para a circulação de pessoas e cargas; permitir a realização de pleitos eleitorais; prestar apoio logístico aos órgãos de segurança pública ou outras agências; proteger locais de votação; realizar a busca e apreensão de armas, explosivos etc.; e realizar policiamento ostensivo, estabelecendo patrulhamento a pé e motorizado.

Destaca-se, por fim, que esta atuação das Forças Armadas é uma atividade de caráter subsidiário, que ocorrerá somente depois de esgotados os instrumentos previstos no art. 144 da CF/88, uma vez que só atuará mediante insuficiência das Polícias Militares:

Art. 3º Na hipótese de emprego das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem, objetivando a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, porque esgotados os instrumentos a isso previstos no art. 144 da Constituição, lhes incumbirá, sempre que se faça necessário, desenvolver as ações de polícia ostensiva, como as demais, de natureza preventiva ou repressiva,

---

presuma ser possível a perturbação da ordem, tais como as relativas a eventos oficiais ou públicos, particularmente os que contem com a participação de Chefe de Estado, ou de Governo, estrangeiro, e à realização de pleitos eleitorais, nesse caso quando solicitado.

Parágrafo único. Nas situações de que trata este artigo, as Forças Armadas atuarão em articulação com as autoridades locais, adotando-se, inclusive, o procedimento previsto no art. 4º.

Art. 6º A decisão presidencial de emprego das Forças Armadas será comunicada ao Ministro de Estado da Defesa por meio de documento oficial que indicará a missão, os demais órgãos envolvidos e outras informações necessárias.

<sup>40</sup> Manual de Garantia da Lei e da Ordem – MD33-M-10 (2ª – Edição/2014, pág.29, disponível em <[www.defesa.gov.br/arquivos/File/doutrinamilitar/.../md33\\_m\\_10\\_glo\\_1\\_ed2013.pdf](http://www.defesa.gov.br/arquivos/File/doutrinamilitar/.../md33_m_10_glo_1_ed2013.pdf)>. Acesso em: 13 abr. 2017.

que se incluem na competência, constitucional e legal, das Polícias Militares, observados os termos e limites impostos, a estas últimas, pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Consideram-se esgotados os meios previstos no art. 144 da Constituição, inclusive no que concerne às Polícias Militares, quando, em determinado momento, indisponíveis, inexistentes, ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional. (grifou-se).

Para Cícero Robson Coimbra Neves e Marcelo Streifinger<sup>41</sup>,

Claramente, havendo o esgotamento das possibilidades afetas aos órgãos de segurança pública, enumerados no art. 144 da Constituição Federal, as Forças Armadas terão o papel de preservar a ordem pública em toda a sua acepção, ou seja, segurança, tranquilidade e salubridade públicas.

Dessa forma, verifica-se que as operações de garantia da lei e da ordem são atividades de caráter militar e que, apesar de não ser uma função primária das Forças Armadas, é a ela atribuída quando do esgotamento dos instrumentos previstos para a segurança pública. Assim, essa atividade das FFAA não se confunde, em todos os termos, com aquela, pois, possui caráter subsidiário e para ocorrer, conforme demonstrado acima, necessita o preenchimento de requisitos legais.

#### **4.2 Da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999 (LC nº 97/99)**

A atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, conforme já mencionado neste estudo, foi estabelecida pelo art. 142 da CF/88, porém, foi disciplinada, em âmbito infraconstitucional, pela Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, e sua forma de emprego, por meio do Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001.

---

<sup>41</sup> NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. Manual de Direito Penal Militar. 4. ed. Editora Saraiva, 2014, página 298.

A LC nº. 97/99 dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas e entre outras coisas, seu art. 15, parágrafo 7º, dispõe que:

Art. 15. O emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e na participação em operações de paz, é de responsabilidade do Presidente da República, que determinará ao Ministro de Estado da Defesa a ativação de órgãos operacionais, observada a seguinte forma de subordinação:

§ 7º A atuação do militar nos casos previstos nos arts. 13, 14, 15, 16-A, nos incisos IV e V do art. 17, no inciso III do art. 17-A, nos incisos VI e VII do art. 18, nas atividades de defesa civil a que se refere o art. 16 desta Lei Complementar e no inciso XIV do art. 23 da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), é considerada atividade militar para os fins do art. 124 da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

Desse modo, evidente que as atividades exercidas pelos militares do Exército na pacificação das favelas do Rio de Janeiro são atividades militares, para fins do art. 124 da CF/88 e, assim sendo, os crimes praticados por civis em face desses militares possuem natureza militar, de acordo com o art. 9, inciso III, alínea “d” do CPM.

Corroborando com a ideia acima esposada, temos o entendimento de ALVES-MERREIROS<sup>42</sup> que assim se pronuncia:

Nestes casos, não há dúvida, também, da aplicabilidade plena do dispositivo. Lembramos que dispositivo desta lei complementar dá natureza de crime militar a várias hipóteses de atuação das Forças Armadas e que isto encontra respaldo no próprio art. 124 que dispõe que os crimes militares são definidos em lei.

---

<sup>42</sup> ALVES-MARREIROS, A.; ROCHA G.; FREITAS, R. Direito Penal Militar – Teoria Crítica e Prática. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 137 e 138.

Por conseguinte, se são crimes de natureza militar, cujo sujeito passivo é militar federal, serão de competência da Justiça Militar da União. Logo, o civil agente de conduta delituosa dessa espécie, será submetido à Corte Castrense, segundo o art. 124, § único, cabendo ao Conselho Permanente de Justiça processar e julgar, em primeiro grau, e ao Superior Tribunal Militar, em segunda instância.

Ao instituir da Justiça Militar, o constituinte<sup>43</sup> dispôs que a lei estabelecerá normas voltadas à organização, ao funcionamento e à competência de seus órgãos judicantes, o que, de fato, foi feito pela Lei n.º 8.457, de 04 de setembro de 1992.

Outra manifestação que se coaduna com o entendimento de ser competência da Justiça Militar da União processar e julgar os civis sujeitos ativos de crimes cometidos em face de militares das Forças Armadas, no exercício de atividade de caráter subsidiário de cooperação com o desenvolvimento nacional e civil, é a do subprocurador-geral da República Edson de Oliveira Almeida, que manifestou seu entendimento sobre o tema no *Habeas Corpus* 112848<sup>44</sup>, impetrado pela Defensoria Pública da União, que questionava a competência da Justiça Militar para julgar civil denunciado pelos crimes de resistência, mediante ameaça ou violência, lesão corporal e ameaça supostamente cometidos contra militares do Exército que atuaram no processo de pacificação nas favelas do Complexo do Alemão, no Rio de Janeiro, ao opinar pelo seu indeferimento:

O subprocurador-geral da República propõe:

Cabe afastar, desde logo, a alegação de incompetência. Embora não se negue “o caráter anômalo da jurisdição penal castrense sobre civis, notadamente em tempo de paz” (HC 81.963/RS, rel. Min. Celso de Mello; HC 86.216/MG, rel. Min. Ayres Britto; HC 105.348/RS, rel. Min. Ayres Britto; CC 7.040/RS), este caso configura uma daquelas situações excepcionais em que permitida a submissão do civil ao foro militar,

---

<sup>43</sup> Art. 124, parágrafo único da CF/88.

<sup>44</sup> Habeas Corpus (HC) 112848 do STF.

conforme previsão do art. 9º, III, letra “c” do Código Penal Militar: “consideram-se crimes militares, em tempo de paz, ... os crimes praticados por civil ... em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade”. Nesse sentido é a orientação do Supremo Tribunal Federal, como se colhe do voto do Ministro Eros Grau no HC nº 84.735/PR (DJ 03.06.2005). No mesmo sentido, dentre outros, o acórdão do HC nº 108459/CE, rel. Min. Ricardo Lewandowski (DJ 23.11.2011).

E acrescenta:

Conforme o art. 142 da Constituição Federal, as Forças Armadas têm por missão precípua a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais. Mas, excepcionalmente, por iniciativa de qualquer dos Poderes, podem executar missões em defesa da “lei e da ordem”. Portanto, no caso, concreto, a ação em prol da segurança pública, exercida pelas Forças Armadas, devidamente convocadas, é qualificada como função de natureza militar. (sem grifos no original).

Diante disso, não se nega o fato de que a segurança pública caiba, ordinariamente, aos órgãos arrolados no art. 144 da CF/88<sup>45</sup>. Porém, é certo afirmar, por meio de tudo que já foi demonstrado, que poderá vir a caracterizar função de natureza militar quando esses instrumentos ordinários próprios aos Estados-membros se tornarem ineficientes de forma a comprometer, incontestavelmente, a GLO, proteção atribuída constitucionalmente às Forças Armadas.

Verifica-se que, no caso em estudo, trata-se de segurança pública em contexto de pacificação de territórios por organizações criminosas e

---

<sup>45</sup> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

não o exercício ordinário da segurança pública e, devido a isso, a atividade militar e a função que os militares exercem serem de caráter militar.

Logo, a condição de civil não possui o condão de afastar a competência da Justiça Militar, que se assegura legítima, ante ao exposto no art. 9, inciso III, alínea “d”, do Código Penal Militar.

## 5 CONCLUSÃO

Apesar das opiniões que pesem em favor da incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar civis que cometam crimes contra militares em exercício de atividades de pacificação social em favelas, operações de Garantia da Lei e da Ordem, entende-se, neste trabalho, que, tanto constitucional quanto infralegalmente, tais atividades exercidas pelos militares são de natureza militar e, por isso, não cabe a nenhum outro órgão do Judiciário, senão à JMU, processar e julgar os crimes ocorridos nessas ocasiões.

Buscou-se evidenciar, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, que os argumentos em prol da competência da JMU não são em vão, haja vista as disposições do art. 124, parágrafo único, da CF/88; da LC n.º 97/99, art. 15 *caput* e parágrafo 7º; CPM, art. 9º, inciso III, alínea “d”; Dec. n.º 3.897/ 01; e, por fim, Lei n.º 8.457/92, uma vez que se as atividades exercidas são de natureza militar e, sobretudo, possuem cunho constitucional, devem as infrações penais serem devidamente julgadas e processadas pela Justiça Especializada militar, pois, esta vem sobremaneira resguardar as Instituições Militares, instituições essas de caráter permanente e regulares.

Chega-se, ainda, à conclusão que apesar de todo esse aparato constitucional e infralegal da competência da JMU, há, jurisprudencialmente a busca da redução dessa competência, indiscriminadamente, com o intuito de dar ao civil julgamento diverso do que a própria CF/88 e o CPM promovem, sem o cuidado de verificar que não há em que se falar em competência demasiada, uma vez que esta é devidamente prevista

constitucionalmente. Assim, para que haja a devida redução da competência da JMU, as leis e regras de competência atualmente existentes, mencionadas neste estudo, deverão ser declaradas inconstitucionais, sob pena, aí sim, de desigualdade entre os sujeitos ativos civis. Isso, pois, a desclassificação de competência não é regra geral, sendo alguns civis julgados pela Justiça Militar e outros, diversamente disso, pela Justiça Penal Comum.

Enfim, essa “desordem” jurisprudencial acaba desconsiderando as regras constitucionais e legais em vigor e, mais do que isso, desvalorizando as atividades exercidas pelas Forças Armadas nas comunidades do Brasil, atividades estas que colocam dia a dia em risco a vida de milhares de militares que, em cumprimento de determinação, atuam em prol da ordem e da segurança social..

## REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, A.; ROCHA G.; FREITAS, R. *Direito Penal Militar – Teoria Crítica e Prática*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

ASSIS, J. C. *Código de Processo Penal Militar Anotado*. Vol. I. (arts. 1º ao 383). 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores*./ 7. ed. (ano 2010), 3. reimpr./Jorge Cesar de Assis./ Curitiba: Juruá, 2013.

BANDEIRA, E. *Direito penal militar brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1925, vol. I.

BRASIL. Casa Militar. Governo de Tocantins: Decisão sobre competência para julgar crimes contra militares que exercem função policial caberá ao Plenário. Disponível em < <http://casamilitar.to.gov.br/decisao-sobre-competencia-para-julgar-crimes-contra-militares-que-exercem-funcao-policial-cabera-ao-plenario/#sthash.XImohiq9.dpuf> >. Acesso em: 5 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Código Penal Militar. CPM. (Decreto-Lei nº. 1.001, de 21 de outubro de 1969). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm) . Acesso em: 1º dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal Militar. CPPM (Decreto-Lei nº. 1.1002, de 21 de outubro de 1969). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm), acessado em 01 dez. 2016, às 10h50.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) . Acesso em: 24 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 3.897, de 24 de agosto 2001. Fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/d3897.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3897.htm) . Acesso em: 10 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei 8.457, de 4 de setembro de 1992. Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços

Auxiliares. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8457.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8457.htm) . Acesso em: 5 mai. 2017.

BRASIL Lei Complementar nº. 97 de 09 de junho de 1999. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp97.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp97.htm) . Acesso em: 3 maio 2017.

\_\_\_\_\_.Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6880.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm) . Acesso em: 7 maio 2017.

\_\_\_\_\_.Portaria normativa nº 186/MD, de 31 de janeiro de 2014. Manual de Garantia da Lei e da Ordem – MD33-M-10 (2ª – Edição/2014, pág.14, 15, disponível em <[www.defesa.gov.br/arquivos/File/doutrinamilitar/.../md33\\_m\\_10\\_glo\\_1\\_ed2013.pdf](http://www.defesa.gov.br/arquivos/File/doutrinamilitar/.../md33_m_10_glo_1_ed2013.pdf)>. Acesso em: 13 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Militar. Revista do Superior Tribunal. Informativo da Justiça Militar da União. Ano 8º, nº 9, outubro de 2012, pág.15,16 e 18.

\_\_\_\_\_. Súmula 53 do Superior Tribunal de Justiça. Competência. Crime militar cometido por civil. Julgamento pela Justiça Estadual Comum. CF/88, art. 125, § 4º.Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais. Disponível em <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=53> . Acesso em: 5 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº. 0000086-56.2015.7.00.0000, UF: RJ Decisão: 02/06/2015 Ministro Relator: Lúcio Mário de Barros Góes Data da Publicação: 7/12/2015, DJE.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 99743 RJ, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 6/10/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 20-08-2012 PUBLIC 21-08-2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Militar. Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº. 0000086-56.2015.7.00.0000, RJ, Ministro Relator: Lúcio Mário de Barros Góes, Decisão: 2/6/2015 Data da Publicação: 7/12/2015, DJE.

CRETELA JÚNIOR, J. *Enciclopédia Saraiva*, v. 38, p. 511.

DUARTE, A. P. *Ato de serviço e suas conotações administrativa e penal militares*. Texto de Palestra proferida aos Oficiais Gerais do Estado Maior da República de Angola, no dia 23 de julho de 2008. Disponível em: <<http://www.mpm.gov.br/site/mpm/servicos/assessoria-de-comunicacao/Palestra%20Duarte%202.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

GUSMÃO, C. *Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Jr. Dos Santos, 1915, p. 48-49.

GOMES, L. F. *Suspensão Condicional do Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 282.

GRECO, R. Op. cit., p. 329, apud, NEVES, C. R. C. STREIFINGER, M. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. Editora Saraiva, 2014, página 1035.

LOBÃO, C. *Comentários ao Código Penal Militar: Vol. I – Parte Geral/Célio Lobão* – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LOUREIRO NETO, J. S. *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas, 1993.

MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. \_ 2. Ed.rev.e atual. \_ São Paulo: Saraiva 2008.

MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*, 17 ed. Pag. 361, ob cit. LOBÃO, Célio. *Comentários ao Código Penal Militar: Vol. I – Parte Geral/Célio Lobão* – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIGUEL, C. A. M.; COLDIBELLI, N. *Elementos de Direito Processual Penal Militar*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000, ob. cit., Assis, Jorge Cesar de. *Código de Processo Penal Militar Anotado*. 1º Volume (arts. 1º ao 383). 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 85-86.

NEVES, C. R. C. STREIFINGER, M. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. Editora Saraiva, 2014.



# **Condição de prosseguibilidade no crime de deserção: necessidade de uniformização jurisprudencial entre o STM e o STF**

**Janaina Soares Prazeres Nascimento**

Capitão-Tenente da Marinha do Brasil

**RESUMO:** Com a mudança de entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal Militar no que concerne à chamada condição de procedibilidade/prosseguibilidade para a Ação Penal Militar nos delitos de deserção e a divergência com a corrente adotada pela maioria dos Ministros Supremo Tribunal Federal, diversas ações com a mesma identidade jurídica passaram a trilhar caminhos diversos. Enquanto algumas ações foram extintas, outras continuaram seu curso, provocando, em larga medida, um certo descontrole no sistema penal militar que, como sabido, há tempos carece de atualização e adequação ao ordenamento jurídico vigente. Por outro lado, a ineficácia da tutela dos bens jurídicos atribuída aos tipos penais de deserção e os impactos negativos na ambiência militar tornaram ainda mais severos os resultados da divergência, reclamando urgente definição da controvérsia.

**PALAVRAS-CHAVES:** Deserção. Condição de prosseguibilidade. Licenciamento de militar. Extinção do processo. Divergência jurisprudencial. Insegurança jurídica.

## **ENGLISH**

**TITLE:** Condition of continuance in the crime of desertion: need for uniform jurisprudence between STM and STF.

**ABSTRACT:** With the change in the jurisprudential understanding of the Superior Military Court regarding the so-called procedural/continuance condition for the Military Criminal Action in the crimes of desertion and the divergence with the current adopted by the Federal Supreme Court, several actions with the same legal identity have been following different paths. While some actions were extinguished, others continued their course in a chaos in the military criminal system that, as known, needs updating and adaptation to the current legal system. On the other hand, the ineffectiveness of the protection of legal assets attributed to the criminal types of desertion and the negative impacts on military society made the results of the divergence even more severe, demanding an urgent definition of the controversy.

**KEYWORDS:** Desertion. Condition of continuance. Leave of military. Extinction of the process. Jurisprudence divergence. Juridical insecurity.

## SUMÁRIO

1 Introdução (p. 3) – 2 Entendimento superado do STM (p. 4) – 3 Entendimento do STF (p. 8) – 4 Impactos causados nas FFAA (p. 13) – 5 Mudança de entendimento do STM (p. 17) – 6 Interpretação integrada (p. 20) – 7 Danos da divergência jurisprudencial (p. 22) – 8 Conclusão (p. 24).

### 1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, cabe esclarecer que o presente artigo não tem o condão de exaurir as questões controvertidas que cercam o delito de deserção, restringindo-se a uma breve análise do crime praticado pelos

militares sem estabilidade e a (des) necessidade de sua manutenção nas fileiras das Forças Armadas como condição para a *persecutio criminis*.

O delito de deserção classifica-se como crime propriamente militar e, talvez, o mais militar dos delitos. Tutela os bens jurídicos essenciais à própria existência das tropas militares como Hierarquia e Disciplina, mas não somente estes pilares nos quais se fundamentam as Instituições. É bem mais amplo, resguardando o Serviço, a Honra e o Dever Militares, conferindo proteção à própria soberania do País. Como bem explicita a doutrina de Adriano Alves-Marreiros<sup>1</sup>: “[...] os bens jurídicos no delito de deserção são protegidos de forma distinta dos demais delitos militares, pois se tutela, se previne a desagregação da tropa e o seu regular funcionamento.”

O processo de deserção tem rito próprio e, no caso dos militares sem estabilidade, é regido pelos artigos 456 e seguintes do Código de Processo Penal Militar. Preceitua o art. 457, § 1º que por ocasião de sua apresentação voluntária, ou de sua captura, deverá o desertor sem estabilidade ser submetido à inspeção de saúde e, se considerado apto para o serviço militar, reincluído ao serviço ativo.

De outro vértice, caso o desertor seja considerado incapaz definitivamente ficará isento de reinclusão e do processo penal militar conforme o art. 457, § 2º<sup>3</sup> do referido Códex.

Após ser considerado apto em inspeção de saúde, o militar é reincluído e o respectivo ato administrativo encaminhado à Justiça Militar para as providências relativas ao oferecimento da denúncia ou

---

<sup>1</sup> ALVES-MARREIROS, A. ; ROCHA G.; FREITAS R. *Direito Penal Militar. Teoria Crítica e Prática*. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2015, p. 1095.

<sup>2</sup> É o teor do art. 457, § 1º: O desertor sem estabilidade que se apresentar ou for capturado deverá ser submetido à inspeção de saúde e, quando julgado apto para o serviço militar, será reincluído.

<sup>3</sup> É o teor do art. 457, § 2º: A ata de inspeção de saúde será remetida, com urgência, à auditoria a que tiverem sido distribuídos os autos, para que, em caso de incapacidade definitiva, seja o desertor sem estabilidade isento da reinclusão e do processo, sendo os autos arquivados, após o pronunciamento do representante do Ministério Público Militar.

arquivamento da instrução provisória de deserção, conforme o § 3<sup>o</sup> do citado artigo.

É a interpretação desses dispositivos que tem gerado divergência entre as atuais decisões do Superior Tribunal Militar – STM e as do Supremo Tribunal Federal – STF.

O STM passou a entender, de forma majoritária, que a condição de militar da ativa só precisa estar presente no momento do oferecimento da Denúncia, revestindo-se de condição de procedibilidade.

No entanto, o STF, de sua parte, majoritariamente, na quase totalidade de seus membros, permanece fiel à sua jurisprudência, aplicando o entendimento de que o licenciamento de militar que responde a processo por deserção é causa de extinção do feito, em qualquer fase em que se encontre.

Não é difícil constatar que diversos são os problemas advindos da falta de coesão entre as instâncias Superiores.

A intenção deste breve trabalho é tecer algumas considerações acerca desta divergência no âmbito das FFAA, trazendo uma reflexão sobre a necessidade de adequada interpretação da norma penal militar perante a caserna, visando à efetividade da proteção aos bens jurídicos já citados.

## 2 ENTENDIMENTO SUPERADO DO STM

O entendimento que vigorava no âmbito do STM era o de que a perda da condição de militar da ativa era causa extinção do processo. A referida interpretação teve início na década de 1990, conforme se verifica

---

<sup>4</sup> É o teor do art. 457, §3º: Reincluída que a praça especial ou a praça sem estabilidade, ou procedida à reversão da praça estável, o comandante da unidade providenciará, com urgência, sob pena de responsabilidade, a remessa à auditoria de cópia do ato de reinclusão ou do ato de reversão. O Juiz-Auditor determinará sua juntada aos autos e deles dará vista, por cinco dias, ao procurador que requererá o arquivamento, ou o que for de direito, ou oferecerá denúncia, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas.

nos julgados daquela Corte Militar<sup>5</sup>, dentre os quais trago à colação, *in verbis*:

Ementa: RECURSO CRIMINAL. REJEIÇÃO DE DENUNCIA. DESERÇÃO. UMA VEZ LICENCIADO DAS FILEIRAS DO EXERCITO, PERDEU O DENUNCIADO A CONDIÇÃO DE MILITAR. ASSIM, TORNA-SE IMPOSSIVEL O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO INTENTADA PELO RMPM. RECURSO, A UNANIMIDADE, NÃO PROVIDO. (STM. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (FO) nº 1994.01.006141-5/ RJ. Relator Min. Everaldo de Oliveira Reis. Publicado em 15/08/1994.) HABEAS CORPUS. DESERTOR LICENCIADO INDEVIDAMENTE PELA ADMINISTRAÇÃO MILITAR ANTES DE SER JULGADO POR ESTA E. CORTE. NULIDADE DO ACÓRDÃO. Paciente condenado pelo STM, pelo crime de Deserção, quando se encontrava irregularmente licenciado pela Administração Militar. Sendo o delito de Deserção de natureza propriamente militar, por se tratar de infração penal específica e funcional do ocupante de cargo militar, não poderia o Paciente ser julgado por esta E. Corte Superior quando não mais ostentava a condição de militar. Logo, é nulo o acórdão que o condenou. (...) Habeas Corpus conhecido e concedido para declarar nulo o acórdão desta Corte proferido nos autos da Apelação nº 48.449-5, trancando a Ação Penal por falta de condição de procedibilidade. Decisão unânime. (STM. Habeas Corpus nº 2000.01.033565-0/PR. Relator Min. Gen. Ex. José Luiz Lopes da Silva. Publicado em: 04/09/2000)

---

<sup>5</sup> No mesmo sentido: Ap. nº 1991.01.046366-8, publicada em 19/09/1991 e Ap. nº 1993.01.001439-4, publicada em 22/03/1994, ambos de relatoria do Min. George Belham da Motta e Ap. nº 1994.01.001444-0, publicada em 30/06/1994, de relatoria do Min. José do Cabo Teixeira de Carvalho; Recurso Criminal nº 2009.01.007605-0/RJ, julgado em 08/09/2009, de relatoria do Min. Antônio Apparício Ignácio Domingues; Recurso Criminal nº 2004.01.007150-3/RJ, julgado em 26/10/2004, de relatoria do Min. Max Hoertel; dentre outros.

O entendimento baseava-se na interpretação dos §§ 2º e 3º do art. 457 do CPPM que, segundo a Corte Militar, traziam como condição de procedibilidade e prosseguibilidade para o processo de deserção a reinclusão do militar e a sua permanência na ativa. Segundo Renato Brasileiro<sup>6</sup>:

Condição da ação (ou de procedibilidade) é uma condição para que o processo penal possa ter início. [...]

Condição de prosseguibilidade (ou condição superveniente da ação) é uma condição necessária para o prosseguimento do processo. Em outras palavras, o processo já está em andamento e uma condição deve ser implementada para que o processo possa seguir seu curso normal.

Assim, os julgados eram no sentido de que o CPPM normatizava que o desertor apto para o serviço ativo deveria ser reincluído e que a condição de militar da ativa era necessária ao oferecimento da denúncia. Somente após o encaminhamento do ato administrativo de reinclusão era possível oferecer a denúncia, inferindo-se, a partir disso, que a falta da condição de militar impediria a continuidade do processo. Em suma, era imperioso que o Acusado ostentasse a condição de militar da ativa para que pudesse ser processado ou tivesse sua pena executada.

O reiterado entendimento, nos anos de 1994 e 1995, culminaram com a edição, em 27/01/97, da Súmula nº 12<sup>7</sup> que passou a integrar os fundamentos dos Acórdãos daquele Tribunal.

No entanto, o entendimento gerou a extinção de um grande número de demandas em razão do licenciamento de Réus. Em decorrência, a

---

<sup>6</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Volume único. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. Pág. 215.

<sup>7</sup> SÚMULA Nº 12: "A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o status de militar, condição de procedibilidade para a persecutio criminis, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo." (DJ1 Nº 18, de 27.01.97)

Corte passou a encaminhar suas decisões às FFAA com a observação de que o militar *sub judice* não poderia ser licenciado antes do julgamento final da causa.

As decisões continham a observação de que o disposto nos artigos 31, § 5<sup>o</sup>, da Lei do Serviço Militar, e 145<sup>o</sup> do Regulamento da Lei do Serviço Militar, tornava o ato administrativo de licenciamento indevido. Cito, como exemplo, o Recurso em Sentido Estrito n<sup>o</sup> 186-52.2009.7.01.0401/RJ de relatoria do Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira, julgado em 05/08/2010, *verbis*:

Posto isso, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em julgar prejudicado o recurso ministerial, por falta de condição de procedibilidade da ação penal, considerando a perda da condição de militar do Acusado, determinando o encaminhamento do presente Acórdão ao Comandante do Exército e ao Comandante Militar do Leste, lembrando o que dispõe os artigos 31, § 5<sup>o</sup>, da Lei n<sup>o</sup>. 4.375/64 e 145 do Regulamento da Lei do Serviço Militar: o militar *sub judice* não deve ser licenciado antes do julgamento final da causa.

O Presidente do Superior Tribunal Militar solicitou, ainda, ao Ministro de Estado da Defesa que informasse a referida vedação de licenciamento aos Comandantes Militares.

Com base nessa assertiva foi realizado um estudo que culminou com a edição da Nota n<sup>o</sup> 181/2011/CONJUR/MD<sup>10</sup>, de 10 de maio de 2011, pela

---

<sup>8</sup> É o teor do art. 31, § 5<sup>o</sup>: O incorporado que responder a processo no Foro Militar permanecerá na sua unidade, mesmo como excedente.

<sup>9</sup> É o teor do art.145: O incorporado que responder a inquérito policial militar ou a processo no Foro Militar permanecerá na sua Unidade, mesmo como excedente, não lhe sendo aplicada, enquanto durar essa situação, a interrupção do tempo de serviço, prevista neste Capítulo.

<sup>10</sup> Ressalta-se que a referida nota já foi objeto de diversas outras manifestações posteriores que vieram a permitir o licenciamento de militares sem estabilidade, *ex officio*, que estivessem respondendo a processo penal ou a inquérito. No entanto, com relação aos desertores, a determinação continuaria a mesma.

Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa, que determinou a aplicação do entendimento. Cientes da manifestação, as FFAA passaram a não excluir do serviço ativo o militar que estivesse respondendo pelo crime de deserção.

### 3 ENTENDIMENTO DO STF

Até os dias atuais, o Supremo Tribunal Federal manifesta-se no mesmo sentido. Embora a jurisprudência tenha sido originada de casos em que o militar era considerado incapaz para o serviço ativo, o que era impeditivo para reinclusão, ao longo dos anos, foi-se consolidando o sentido de que a perda da condição de militar da ativa, por qualquer motivo, gera a extinção do processo.

No julgamento do RHC nº 83.030/RJ, publicado em 1º de agosto de 2003, a relatora Ministra Ellen Gracie, frise-se, em processo em que se discutia a superveniência de incapacidade definitiva para o serviço ativo, deixou assente em seu voto que a condição de militar é requisito para o exercício da pretensão punitiva em relação ao crime de deserção, nos termos do art. 457, § 2º do CPPM, *verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA O SERVIÇO MILITAR. CAUSA PREEXISTENTE À CONDENAÇÃO. Com o reconhecimento da incapacidade definitiva preexistente à condenação, e tendo em vista que a condição de militar é requisito para o exercício da pretensão punitiva em relação ao crime de deserção, nos termos do art. 457, § 2º do CPPM, não há justa causa para a execução. Recurso provido.

Nessa época a corrente começava a se firmar. Eram citados como precedentes no mesmo sentido o HC nº 79.531/RJ, de relatoria do Min. Marco Aurélio; HC 90.672/SP, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa e o

HC nº 90.838/SP, de relatoria da Min. Carmen Lúcia. Frise-se que os julgados tinham como plano de fundo e questão central a incapacidade do militar<sup>11</sup>.

Questão que se mostra interessante é a discussão travada na Primeira Turma, no julgamento do HC nº 90.838/SP, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, que restou assim ementado:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL MILITAR. CRIME DE DESERÇÃO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR ANTES DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SE PROSEGUIR NA EXECUÇÃO DA PENA. 1. Em razão da ausência de condição de procedibilidade, o art. 457, § 2º, do Código de Processo Penal Militar e a Súmula nº 8 do Superior Tribunal Militar impedem a execução da pena imposta ao réu incapaz para o serviço ativo do Exército, que não detinha a condição de militar no ato de julgamento do recurso de apelação. 2. Ordem concedida.

O caso tratava de um militar que fora condenado pelo crime de deserção e que durante o processo cometeu novo delito. Capturado, foi submetido à inspeção de saúde e considerado incapaz para o serviço ativo, não sendo reincluído.

O cerne da questão era identificar se a incapacidade constatada nesta segunda deserção teria impactos à condenação em razão da primeira deserção.

A turma, majoritariamente, decidiu que a perda da condição de militar da ativa impossibilitava o prosseguimento da execução penal, pela falta de condição de procedibilidade.

---

<sup>11</sup> Aqui cabe uma reflexão. Se o militar é considerado incapaz para o serviço ativo não poderá mais ostentar a qualidade de militar da ativa, e, por conseguinte também não poderá o Estado continuar a persecução criminal. Repita-se, não por ter deixado de ser militar da ativa, mas por ter sido considerado incapaz de prestar o serviço militar, o que é impeditivo para a reinclusão. Isso nos leva a crer que com o passar dos anos ocorreu uma interpretação extensiva do julgado pelo STF, impulsionado pelas decisões do STM e pela escassa doutrina da época.

Cabe destacar a posição do Min. Ricardo Lewandowski e do Min. Menezes Direito, que entendiam que a condição de militar da ativa somente deveria ser aferida no momento da Denúncia, apoiando-se na teoria da atividade adotada pelo CPM, em seu art. 5º. Com efeito, para os Ministros vencidos o crime estaria configurado no momento da sua consumação, devendo as condições ali serem aferidas.

Ou seja, se o Réu era militar ao tempo do crime, e sua conduta se amoldou aos dispositivos definidores da deserção, estaria perfeita a configuração do tipo penal. Cito os seguintes trechos do voto do Min. Ricardo Lewandowski:

[...] Assim, a superveniente exclusão dos quadros da Força não tem o condão de prejudicar a pretensão executória da decisão proferida pela Corte Castrense. [...] O Código Penal Militar adotou a teoria da atividade, ou da ação, para a definição do tempo do crime. Assim, presentes ao tempo da ação todos os elementos formais e materiais do tipo do injusto, ausentes eventuais excludentes de ilicitude e de punibilidade, consuma-se o crime militar.[...]

Em uma análise sistemática de legislação penal militar, ganha relevo o prazo prescricional imposto ao crime de deserção, que, apesar de ser quatro anos, nos termos do art. 132, VI, do Código Penal Militar, depende de o desertor completar quarenta e cinco anos e, se oficial, sessenta anos de idade.[...]

Concluo, portanto, que as excludentes de punibilidade deverão ser vistas, segundo nosso ordenamento, sob interpretação restritiva. [...]

O Min. Menezes Direito, acompanhando o voto-vista, assim se pronunciou:

[...] A minha interpretação, pedindo vênias à Relatora, a não ser que tenha um outro fato, é de que não prejudica. O fato de ele ter sido posteriormente, e do ponto de vista compulsório, desligado, não exclui que ele pague pela pena, porque ela tem consequências

militares, propriamente militares, mas tem também crimes funcionais próprios, também configuram crime funcional próprio. E, daí, pelo menos na minha visão, não haveria motivo para que não se executasse aquela pena. [...]

Frise-se que não se tratavam de decisões unânimes ou mesmo consolidadas, como se verifica no julgamento do HC nº 94367, em 21 de outubro de 2008, sob a relatoria do Min. Joaquim Barbosa, publicado no Informativo nº 525, sob o título “Deserção e Condição de Militar”:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. DESERTOR EXCLUÍDO DO SERVIÇO MILITAR. INSTAURAÇÃO DE INSTRUÇÃO PROVISÓRIA DE DESERÇÃO E PRISÃO INDEPENDENTEMENTE DE ORDEM JUDICIAL. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. A prática do crime de deserção quando o paciente ainda ostentava a qualidade de militar autoriza a instauração de instrução provisória de deserção, assim como a prisão do desertor, independentemente de ordem judicial (art. 5º, LXI, da Constituição). A exclusão do desertor do serviço militar obsta apenas o ajuizamento da ação penal (CPPM, art. 457, § 3º), que não se confunde com a instauração de instrução provisória de deserção. Ademais, mesmo a ação penal poderá ser ajuizada após a captura ou apresentação espontânea do paciente, quando então este será reincluído nas forças armadas, salvo se considerado inapto depois de submetido à inspeção de saúde (CPPM, art. 457, § I o). Ordem denega d a (HC 94367, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/10/2008, publicado em 6/2/2009).

No decorrer dos anos, os julgados<sup>12</sup> também se utilizaram da doutrina para corroborar a tese de que, uma vez perdida a condição de militar da ativa, o processo seria extinto em qualquer fase. A Corte passou então a

---

<sup>12</sup> Como no caso do HC nº 103.254/PR, de relatoria do Min. Celso de Mello, publicado em 13/04/2011.

decidir de forma monocrática, com base no art. 192, caput, do RISTF<sup>13</sup>, o que, a nosso sentir, apesar de trazer celeridade, perde-se a oportunidade de discussão.

E o posicionamento permanece até os dias atuais<sup>14</sup>, na forma dos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS – POLICIAL MILITAR - CRIME DE DESERÇÃO (CPM, ART. 187) – DELITO MILITAR EM SENTIDO PRÓPRIO – RÉU QUE NÃO DETINHA A QUALIDADE DE MILITAR DA ATIVA QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL – ESSENCIALIDADE DA CONDIÇÃO DE MILITAR DA ATIVA, NA HIPÓTESE DE CRIME DE DESERÇÃO, PARA EFEITO DE VÁLIDA INSTAURAÇÃO E/OU PROSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL PROMOVIDA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR – SÚMULA 12 DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – DOCTRINA – CONFIGURAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO – INVIABILIDADE DO PROSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL – EXTINÇÃO DEFINITIVA DO PROCESSO CRIMINAL INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA MILITAR - PEDIDO DEFERIDO. (STF. HC nº 103.254, Rel. Min. Celso de Mello. Publicado em 13/04/2011)

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - Paciente condenado pela prática do crime

---

<sup>13</sup> É o teor do art. 192: Quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, o Relator poderá desde logo denegar ou conceder a ordem, ainda que de ofício, à vista da documentação da petição inicial ou do teor das informações.

<sup>14</sup> Como visto no HC nº 132146 / RS, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/12/2015.

de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a qualidade de militar. Ausente, pois, condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção. Precedentes. II – Ordem concedida de ofício. (HC 108.197, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Publicado em 15/02/2012.)

#### 4 IMPACTOS CAUSADOS NAS FFAA

Parecia que a situação estava consolidada. Corte Militar e Corte Constitucional uníssonas em seus entendimentos, e as Forças Armadas observando a prescrição do pronunciamento da Advocacia-Geral da União, deixando de licenciar os militares que estivessem respondendo por deserção.

No entanto, a situação fática no interior das Instituições era de instabilidade e, ao longo dos anos, causou sentidos impactos.

O primeiro deles foi o aumento na quantidade de militares que cometiam o delito de deserção, visando à permanência na Força.

Conforme dispõe o art. 33 e seu parágrafo único,<sup>15</sup> da Lei do Serviço Militar, e o art. 13016 de seu Regulamento, os militares que não possuem estabilidade podem permanecer nas FFAA mediante a concessão de

---

<sup>15</sup> É o que dispõe o art. 33: Aos incorporados que concluírem o tempo de serviço a que estiverem obrigados poderá, desde que o requeiram, ser concedida prorrogação desse tempo, uma ou mais vezes, como engajados ou reengajados, segundo as conveniências da Força Armada interessada. Parágrafo único. Os prazos e condições de engajamento ou reengajamento serão fixados em Regulamentos, baixados pelos Ministérios da Guerra, da Marinha e da Aeronáutica.

<sup>16</sup> É o teor do art. 130: Para a concessão do engajamento e reengajamento devem ser realizadas as exigências seguintes: 1) incluírem-se os mesmos nas percentagens fixadas, periodicamente, pelos Ministros Militares; 2) haver conveniência para o Ministério interessado; 3) satisfazerem os requerentes as seguintes condições: a) boa formação moral; b) robustez física; c) comprovada capacidade de trabalho; d) boa conduta civil e militar; e) estabelecidas pelo Ministério competente para a respectiva qualificação, ou especialidade, ou classificação, bem como, quando for o caso, graduação.

prorrogações do serviço militar, caso atendam às especificações e padrões técnicos e éticos estabelecidos para cada Força.

Essa aferição é realizada anualmente e tem por finalidade garantir a higidez necessária à consecução das atribuições constitucionais das Instituições Militares, ficando a cargo de cada Força o planejamento de seu efetivo anual, levando em consideração, além de outros aspectos, os recursos financeiros alocados e as atividades desempenhadas.

Como a conduta adotada pelas FFAA era a de não licenciar o militar que estivesse sendo processado por deserção, aqueles que não reuniam as condições técnicas e morais para permanecer na ativa, intentavam o cometimento do delito, como garantia de “prorrogação de seu serviço militar”.

Esse tipo de comportamento teve substancial incremento, motivado, também, pelas incertezas de cunho econômico e social, que há muito ocorre no nosso País. Por absurdo que possa parecer, à vista de muitos militares, valia mais a pena cometer o delito do que perder a sua única fonte de renda. Não raras vezes, essa avaliação era realizada sob o prisma de atendimento às necessidades básicas, como saúde, educação e alimentação, patrocinados pelas FFAA. Nesse conspecto, ressalte-se, a um alto custo. Com relação à saúde, cabe destacar que é um direito não só do militar, mas também de seus dependentes, o acesso ao sistema de saúde disponibilizado pelas FFAA.

Em segundo, aqueles que cometiam o delito de deserção e queriam ver-se livres de uma condenação criminal, não manifestavam a intenção de permanecer nas fileiras das FFAA, sabedores que seu licenciamento geraria a extinção do processo penal. Como não obtinham êxito em ser licenciados, ingressavam com ações na Justiça Federal. Quando o pedido era deferido, o militar era licenciado e se livrava da persecução penal.

Frise-se que a conduta das FFAA em não licenciar os militares já gerou até mesmo aquisição de estabilidade, conforme o seguinte julgado:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MILITAR. ESTABILIDADE ADQUIRIDA. LICENCIAMENTO DURANTE O PROCESSO PENAL MILITAR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A estabilidade do militar é adquirida quando o praça completa 10 (dez) anos ou mais de tempo de efetivo serviço (art. 50, IV, da Lei 6.880/80). 2. Adquirida a estabilidade, o militar não pode ser licenciado das fileiras do Exército. A exclusão da carreira militar somente poderá ocorrer nos casos previstos em lei, observados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3. No caso, o impetrante, cabo do exército, estava respondendo a processo penal militar quando ainda temporário. O comandante indeferiu o licenciamento requerido determinando sua aditância ao Batalhão até o trânsito em julgado de processo penal militar que respondia, quando transcorreu o prazo previsto no art. 50, IV, da Lei 6.880/80 e adquiriu estabilidade. 4. Apelação e remessa necessária não providas. (TRF-01.Processo: Numeração Única: 0000303-65.2003.4.01.3000. Relator: JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONCALVES DE CARVALHO. Órgão: 2ª TURMA SUPLEMENTAR. Publicação: 16/12/2011)

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Federais de diversas unidades da federação, de um modo geral, argumentavam que a prática de manter um militar na ativa somente pelo fato de estar respondendo a processo criminal não se coadunava com o atual ordenamento constitucional, esvaziando o argumento trazido anteriormente pelo STM acerca da obrigatoriedade de permanência do militar na Força, por observância às prescrições da Lei do Serviço Miliar e seu Regulamento.

Essas duas situações geravam quebra de Hierarquia e Disciplina, comprometendo, de certo modo, o planejamento e preparo das FFAA.

De um lado, as FFAA com militares que não possuíam capacidade de estar na ativa em detrimento de militares que se adequavam às

exigidas qualificações, e, de outro, também a mandatória disciplina, necessária à manutenção da higidez da tropa.

Diante desta realidade, os Comandantes das Organizações Militares passaram a solicitar autorização ao Judiciário para licenciar aqueles militares em tais condições, gerando uma série de extinções das demandas em trâmite na Justiça Militar da União, mesmo cientes da existência de parecer vinculante da Advocacia-Geral da União – AGU.

Registre-se que a situação das FFAA era tão problemática que, no ano de 2014, a AGU solicitou ao STM o ingresso da União como *amicus curiae*<sup>17</sup> em ações penais que analisassem casos de deserção de militares. Os advogados da União objetivavam a revisão da Súmula 12 do STM, para evitar que processos dessa natureza fossem arquivados após o licenciamento dos desertores<sup>18</sup>.

Fato é que condicionar a aplicação da norma penal militar a um ato de gerência do pessoal compromete sobremaneira a capacidade operativa das FFAA e a própria independência das esferas de poder. Primeiro, porque são as FFAA que definem os critérios e padrões técnicos, morais e físicos que devem ser atendidos pelos militares, visando a um melhor aproveitamento e a um planejamento para a consecução de sua atividade-fim de defesa da soberania brasileira. Segundo, porque não é possível admitir que uma decisão transitada em julgado seja desconstituída por uma decisão administrativa. Ademais, não se trata apenas de gerenciar um militar indisciplinado, em realidade a questão vai mais além.

Ao longo dos anos, o excesso de militares que permanecem nas FFAA, exclusivamente por responder a um processo de deserção,

---

<sup>17</sup> Não se pretende discutir a (in) devida atuação da AGU como *amicus curiae* no processo penal. A intenção é apenas demonstrar a relevância da questão no âmbito das FFAA.

<sup>18</sup> Notícia publicada no sítio oficial da Advocacia Geral da União, disponível em [http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/270553](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/270553). Consultado em: 01 ago. 2017.

pode vir a degradar a capacitação de pronto emprego das FFAA, reconhecidamente de excelência, como exemplo, os continuados empregos na Garantia da Lei e da Ordem, mormente nos últimos anos.

Casos como o resgate dos corpos das vítimas do voo da Air France, quando a Marinha<sup>19</sup> e a Aeronáutica realizaram esforços contínuos e ininterruptos, e a ajuda ao terremoto no Chile<sup>20</sup>, com a rápida mobilização, montagem e disponibilidade de meios e até de um hospital de campanha, entre outros empregos, só foram possíveis devido à abnegação e o acendrado sentimento de cumprimento de dever de cada militar escalado para a missão.

De igual forma, o emprego das FFAA em missões relacionadas com a política externa brasileira, com seus meios e homens, além desse viés político, tem acima de tudo um viés estratégico de demonstração de capacidade militar. Quanto mais esse emprego se consolida, mais evolui a inserção do País no concerto das nações. Não há como negar importância a bens tão caros às Forças Armadas.

Impulsionado, notadamente, pela mudança da composição da Corte e diante do quadro fático de ineficácia na proteção aos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais relativos à deserção, é que ocorreu a mudança de entendimento jurisprudencial do STM.

## 5 MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STM

A Corte Militar passou a decidir, majoritariamente, que a interpretação que conferia melhor eficácia às normas penais militares

---

<sup>19</sup> A Marinha do Brasil contou, aprox., com 570 militares trabalhando e permaneceram na área de operações cinco navios brasileiros e uma fragata da Marinha da França. A Fragata Constituição quando designada para atuar no resgate do Airbus, estava em Salvador regressando da Operação Unitas Gold, nos EUA, após 75 dias em viagem.

<sup>20</sup> O efetivo da Marinha do Brasil empregado na operação do HCamp foi de, aprox., 102 militares, sendo 48 da área de saúde e 54 para o apoio, incluindo o destacamento de segurança constituído por Fuzileiros Navais.

era a de que a condição de militar da ativa deve ser preservada até o oferecimento da denúncia e não mais durante todo o processo penal militar.

Desta feita, passou-se a admitir que o licenciamento do militar *sub judice* por deserção não tem o condão de obstar o prosseguimento do processo penal, tampouco a execução de sentença penal transitada em julgado.

O novel entendimento<sup>21</sup> do STM não destoia da lei, tampouco se trata de uma decisão teratológica. Contrariamente, reveste-se de uma interpretação que procurou dar maior efetividade ao direito penal castrense, que diante da realidade fática não mais conseguia alcançar seus objetivos de proteção e tutela de seus bens jurídicos.

Na prática, o entendimento anterior acabava por criar uma causa supralegal de extinção da punibilidade, o que contraria a legislação penal castrense, pois a situação não se encontra em uma das causas de extinção da punibilidade definidas no art. 123 do CPM.

Não se desconhece que o processo penal militar acabou por criar mais uma forma de extinção de punibilidade quando isentou de processo o militar incapaz definitivamente para o serviço militar, mas foi somente nesta hipótese, e, diga-se com absoluta coerência, como será exposto adiante.

O Tribunal fez uma releitura da Súmula 12, passando a entender que nem a súmula ou qualquer dispositivo de Direito Castrense permitiam

---

<sup>21</sup> Permitimo-nos assim chamar, no entanto, não se trata de pronunciamento tão recente. Há julgados datados do ano de 2014 que já sinalizavam a mudança de entendimento da Corte, como é o caso da Ap. nº 106-39.2013.7.09.0009 – MS, de relatoria do Min. Olympio Pereira da Silva Junior, assim ementado: “APELAÇÃO. DESERÇÃO. NOVA AUSÊNCIA DO MILITAR NO CURSO DO PROCESSO. PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSEGUIBILIDADE. REJEIÇÃO. MÉRITO. NÃO COMPROVAÇÃO DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. A Súmula nº 12 desta Corte Castrense exige a condição de militar do sujeito ativo, somente para a propositura da ação penal, por crime de deserção, mas não para seu prosseguimento. Preliminar rejeitada. Decisão majoritária.”

interpretar o *status* de militar como condição de prosseguibilidade, mas tão somente de procedibilidade, ou seja, integrando o Réu regularmente o Serviço Militar Ativo, à época do recebimento da denúncia, a sua posterior exclusão das Forças Armadas não tem o condão de interferir no prosseguimento da ação penal já deflagrada.

Esclarecedora é a ementa da Apelação nº 191-39.2016.7.11.0211/DF de relatoria do Min. Alte Esq. Marcus Vinícius Oliveira dos Santos:

EMENTA. APELAÇÃO. DESERÇÃO. ARTIGO 187 DO CPM. SENTENÇA A QUO QUE JULGOU EXTINTA, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, A AÇÃO PENAL MILITAR REFERENTE A DESERTOR. Militar que se ausentou sem autorização por mais de oito dias da OM em que servia, consumou deserção. Por consequência teve sua exclusão do serviço ativo do Exército. Apresentou-se voluntariamente, foi considerado apto para o serviço militar, reincluído ao serviço ativo e denunciado. Em face do licenciamento do Réu da Força, o Conselho Permanente de Justiça julgou extinto o processo sem julgamento do mérito. O licenciamento de militar não inviabiliza o prosseguimento do feito por não integrar as hipóteses de extinção de punibilidade previstas no CPM. No caso, examina-se a conduta do militar que cometeu crime de deserção, devendo ser julgado e processado pelo ato ilícito praticado, independentemente de sua condição atual de civil. Precedentes. Apelação do Parquet Castrense provida para cassar a Sentença recorrida e determinar o regular prosseguimento do feito. Maioria.

Em razão da nova orientação, o Procurador-Geral de Justiça Militar, Jaime de Cassio Miranda, encaminhou, em setembro de 2016, estudo a respeito do licenciamento de militares desertores que se encontram respondendo a processo criminal, com base na Nota nº 181/2011/CONJUR/MD<sup>22</sup>, salientando o acerto da mudança de entendimento do

---

<sup>22</sup> Como antes citado, a referida manifestação vinculava a Administração Militar a seu posicionamento, que era o de impossibilidade de licenciar militares que

STM e a necessidade de revisão daquele posicionamento vinculante, a fim de garantir independência das FFAA na gerência do seu pessoal.

Em que pese se reconheça a evolução do entendimento, algumas observações devem ser feitas com vistas a sugerir uma interpretação mais integrada da legislação militar, tornando mais firme e sólido o entendimento.

## 6 INTERPRETAÇÃO INTEGRADA AMPLIADA

O art. 457, § 2º, exige a reinclusão ou reversão ao serviço ativo apenas para que a Denúncia seja oferecida, isentando de processo o desertor que for considerado incapaz para o serviço militar a demonstrar de forma coerente com o acima descrito que não interessa ao direito penal militar punir quem é isento do serviço militar por incapacidade, pois este não poderá mais integrar as fileiras das FFAA.

Com a devida licença, a interpretação sugerida é de que a intenção do legislador foi proteger a disponibilidade das FFAA, tanto é que permitiu que os isentos de reinclusão fossem também isentos de processo, ou seja, o incapaz para prestação do serviço militar não pode sofrer qualquer ônus.

A corroborar com a interpretação, verifica-se que a regra de prescrição trazida no art. 132, do CPM, é a idade de 45 (quarenta e cinco) anos para as praças. Não por acaso, a mesma idade é definida como marco para a disponibilidade para o serviço militar, positivada no art. 5º<sup>23</sup> da Lei do Serviço Militar. Da conjugação dos dispositivos conclui-se que é de interesse ao direito penal militar a punição do autor do delito de deserção, enquanto este se encontrar na condição de prestar o serviço militar. Resta clara a proteção ao serviço militar e a prontidão das FFAA.

---

estivessem respondendo pelo delito de deserção. No entanto, até a presente data não há informação acerca da superação do entendimento esposado na nota.

<sup>23</sup> É o teor do art. 5º: A obrigação para com o Serviço Militar, em tempo de paz, começa no 1º dia de janeiro do ano em que o cidadão completar 18 (dezoito) anos de idade e subsistirá até 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco) anos.

Por essas razões, a isenção do processo prevista no § 2º do art. 457 do CPPM atinge apenas o agente que não possuir condições de saúde para cumprir o serviço militar ao qual se obrigou.

Portanto, não se considera óbice ao prosseguimento do processo de deserção a hipótese de o desertor ser licenciado a bem da disciplina ou por outro motivo desde que diverso da incapacidade definitiva.

Como consequência desse entendimento, a condição de prosseguibilidade deveria vincular-se à capacidade para a prestação do serviço militar e não à manutenção do *status* de militar.

Por estas razões, o foco para o oferecimento da Denúncia seria o resultado da Inspeção de Saúde do Militar, sendo imprescindível que o resultado seja “apto para o serviço militar”. Até porque a reinclusão é consequência lógica da aptidão do militar para o serviço, ou seja, se for considerado apto, será, obrigatoriamente, reincluído.

Na prática, o desertor sem estabilidade ao ser capturado ou apresentar-se voluntariamente, deve ser submetido à inspeção de saúde e, se considerado apto, reincluído ao serviço ativo. E caso a respectiva Força, em análise discricionária, verifique que ele não preenche requisitos para permanecer no serviço ativo pode licenciá-lo, seja a bem da disciplina, seja por término do tempo de serviço, seja por outra razão.

E diga-se, isso poderia acontecer no mesmo ato administrativo, ou seja, a Portaria que reinclui, em ato contínuo, exclui o militar, sem que isso tenha qualquer repercussão na esfera judiciária, estaria plenamente atendida a condição de reinclusão inculpada no art. 457, § 2º do CPPM, além de definida a situação administrativa para com o serviço militar conforme uma das condições estabelecidas no art. 121, §3º<sup>24</sup>.

Ademais, não há nenhum dispositivo legal que determine o prazo que o militar deva permanecer na Força para ser denunciado pelo delito de

---

<sup>24</sup> É o teor do art. 121, § 3º: O licenciamento *ex officio* será feito na forma da legislação que trata do serviço militar e dos regulamentos específicos de cada Força Armada: a) por conclusão de tempo de serviço ou de estágio; b) por conveniência do serviço; e c) a bem da disciplina.

deserção. Ao contrário, o que a lei reclama é a reinclusão do militar, o que deriva automaticamente de sua aptidão para o serviço ativo verificada em inspeção de saúde.

A interpretação sugerida evitaria ainda que o militar reincluído, que não correspondesse aos critérios de permanência no serviço ativo, retornasse ao convívio da tropa, voltasse a gozar dos benefícios (soldo, fardamento, saúde para si e seus dependentes e contagem de tempo de serviço) e prejudicasse o moral e a disciplina dentro da caserna.

Cabe refletir sobre a evolução do entendimento jurisprudencial sobre o cometimento de um crime propriamente militar. A jurisprudência do STF se firmou no sentido de que mesmo nos delitos propriamente militares, como no caso do abandono de posto, violência contra superior ou e até mesmo no caso de posse de entorpecentes, o que importa é que o militar tenha cometido o crime nesta condição, não trazendo impactos na ação penal militar seu posterior licenciamento, como no caso do julgamento do HC nº 136006, de relatoria do Min. Celso de Mello, julgado em 14 de dezembro de 2016, cujo seguinte trecho transcrevo:

[...] o fato de o paciente não mais integrar as fileiras das Forças Armadas não tem qualquer relevância sobre o prosseguimento da ação penal pelo delito tipicamente militar de abandono do posto, visto que ele, no tempo do crime, era soldado da ativa. Com efeito, essa pretensão, se levada a cabo, acarretaria uma nova modalidade, não prevista em lei, de extinção de punibilidade pela prática de crime tipicamente próprio pela perda superveniente da condição de militar, o que não é aceitável.

E mais, se a jurisprudência entende que há interesse na avaliação desses delitos sob a ótica penal militar, não faz sentido excluir da apreciação do judiciário aquele considerado o mais militar dos delitos. Entender que somente no delito de deserção não esteja presente o interesse em tutelar os bens jurídicos mais caros às FFAA, é o mesmo que deixar de proteger a disponibilidade do braço armado da nação para a defesa da Pátria.

Mais uma reflexão se impõe. Será que para o delito de deserção a lei castrense criou uma nova condição de extinção de punibilidade? Ao nosso sentir, sim. No entanto, a condição se restringe à incapacidade para o serviço militar.

## **7 DANOS DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL**

Embora a mudança de entendimento do STM já se manifeste há alguns anos, é fato que a jurisprudência do STF permanece a mesma, exigindo a condição de militar da ativa durante o todo o processo e execução penal.

Com isso, têm-se decisões do Juízo de primeiro grau, os chamados Conselhos de Justiça, que extinguem ações penais, seguindo a orientação jurisprudencial do STF, e outras prosseguem no feito.

As de extinção, por sua vez, são reformadas pelo STM, que determina que o processo siga o seu regular trâmite. E, por fim, as decisões do STM, mais das vezes, tendem a ser reformadas pelo STF, levando a um quadro indesejável de insegurança e instabilidade jurídicas, um enorme custo orçamentário, humano e institucional. Tudo isso sem levar em conta as diversas decisões díspares para jurisdicionados que se encontram em uma mesma situação jurídica em clara ofensa ao princípio da isonomia.

Colaciono, como exemplo o caso do processo nº 11-79.2014.7.12.0012/AM em trâmite no Juízo da Auditoria da 12ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM).

Na espécie, o paciente, ex-Soldado do Exército, foi condenado, em 4 de junho de 2014, à pena de 3 (três) meses de detenção, em razão da prática do crime de deserção (CPM, art. 187). Interposta apelação, o Superior Tribunal Militar negou provimento ao recurso.

Impetrado mandado de segurança, o Juízo da 1ª Vara Federal de Manaus concedeu a ordem e determinou o licenciamento do militar a partir do dia 14 de novembro de 2014.

Em razão do licenciamento, foi requerido ao Juízo da 12ª CJM a declaração da extinção da punibilidade, por falta de condição de

procedibilidade da execução. O pedido restou indeferido. Impetrado *Habeas Corpus* no Superior Tribunal Militar, denegou-se a ordem.

Diante da denegação da ordem, foi impetrado o HC nº 131.417, cujo relator foi o Min. Gilmar Mendes, que, invocando a doutrina e os precedentes do STF, em julgamento monocrático, com base no art. 192 do RISTF, em 22 de setembro de 2016, concedeu a ordem para determinar a extinção definitiva da execução penal.

É fato que se necessita uniformizar a jurisprudência, e também é fato que as normas penais e processuais penais militares deveriam ter sido alteradas para uma melhor adequação ao ordenamento jurídico vigente.

No entanto, não se podem deixar falhas na proteção aos bens jurídicos, que ao fim e ao cabo, conduzem à inaplicabilidade da norma.

É necessário que se confira uma interpretação segundo as normas de direito e respeitando a vontade do legislador, hábil a conceder eficiente aplicabilidade da norma penal e consequente proteção de seus bens jurídicos.

## 8 CONCLUSÃO

Quando o legislador resolveu punir, em tempo de paz, o ato de indisponibilidade do militar para com a sua Força, protegeu não só a disponibilidade imediata das FFAA para fazer frente a qualquer situação a que seja chamada a operar, como, aliás, hodiernamente, vem sendo usada com certa frequência nas Operações de Garantia da Lei e da Ordem, mas respalda também a sua missão precípua, que é a de defesa da Pátria, tendo em conta que o serviço militar presta-se primordialmente à mobilização, ficando o civil à disposição de ser chamado a servir à Pátria até os 45 anos de idade.

Ora, sem o atendimento das finalidades do direito penal para a proteção dos bens jurídicos, sem o caráter preventivo e educador, estar-se-ia prestes a fulminar a disciplina e hierarquia, absolutamente necessárias à ação da *ultima ratio* da nação brasileira, nas horas de grave instabilidade institucional.

O comprometimento do emprego não deriva só da ausência de punição desses militares, muitos já condenados em definitivo pelo Judiciário. Há que se atentar que o emprego das FFAA é viabilizado em situação de grave risco à Nação, sendo absolutamente imprescindível que os elementos da tropa estejam devidamente aprestados e com o moral e a disciplina elevados. Não é demais repetir que um elemento que não corresponde aos anseios da caserna não só corrompe o moral da tropa, mas também o espírito de corpo e de camaradagem, fundamentais e necessários em qualquer tempo.

Não há dúvidas de que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal deserção deve ser resguardado, tanto na paz quanto na guerra, e essa foi a *mens legislatoris*<sup>25</sup>, quando tipificou o delito no capítulo dos crimes em tempo de paz, inserindo uma prescrição especial de 45 anos.

No mais, é de suma importância desconstituir a tese de que a atividade administrativa de gerência do pessoal militar interfere no âmbito penal, desautorizando e esvaziando a aplicação do referido tipo.

Por certo que, de início, existe a necessidade de consenso dentro do próprio STM acerca do tema, tendo em vista que a unanimidade, ainda que se firme pautada no princípio da colegialidade, diminuiria o número de recursos, favorecendo uma maior segurança jurídica de uma forma mais imediata.

Sugere-se, ainda, uma ampla discussão do tema na primeira instância, esclarecendo os Juízes de primeiro grau acerca das diversas manifestações e da necessidade da uniformização.

Não menos importante é a participação do estamento militar nessa empreitada com vistas a ampliar os aspectos relativos às questões fáticas vivenciadas diariamente e ao impacto da interpretação dos dispositivos citados, levando a formação de precedentes robustos com vistas a garantir a melhor eficácia das normas.

É hora de uma reflexão sobre o tema, certa de que o singular texto é apenas um discreto espectro da situação.

---

<sup>25</sup> Vontade do legislador

O delito de deserção deve, de uma vez por todas, ser entendido como um tipo penal que protege, ao fim, a própria soberania da nação brasileira.

## REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, A. ROCHA G. FREITAS R. *Direito Penal Militar. Teoria Crítica e Prática*. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Brasília, DF < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6880.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm). Acesso em: 19.07.2017.

LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. Volume único. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

LOBÃO, C. *Direito processual penal militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

# Uma análise crítica do controle jurisdicional sobre o poder disciplinar na esfera militar federal

**Leandro Domingues Siqueira de Pontes**

Capitão do Exército (AMAN). Bacharel em Ciências Jurídicas (UFPE). Especialista em Direito Administrativo

**RESUMO:** A pesquisa realizada tem por objetivo principal apresentar e discutir os aspectos da competência da Justiça Militar da União (JMU) e como as mudanças, quando a Proposta de Emenda Constitucional nº 358/05 for aprovada, irão influenciar sua competência, principalmente quanto ao controle jurisdicional dos atos administrativos disciplinares militares. Antes, porém, houve uma abordagem sobre o ramo especializado do Direito Militar, o Direito Disciplinar Militar, bem como, sobre o Projeto de Emenda Constitucional nº 358/05 e a discussão sobre aquilo que é o objeto principal, quando o assunto é a ampliação da competência da JMU, que são os atos administrativos disciplinares sujeitos ao controle jurisdicional. Entender a adaptação aos novos tempos e como realizar o controle jurisdicional das punições disciplinares aos membros das Forças Armadas é a missão do presente trabalho, de forma que possa ser transmitida não só a importância da ampliação da competência da JMU, mas o importante papel deste ramo do Judiciário. A metodologia empregada foram técnicas de pesquisa bibliográfica tendo como base o estudo de livros doutrinários, artigos, revistas científicas, a legislação disponível e jurisprudência recente. A coleta de dados foi baseada em um apanhado bibliográfico através de acervos físicos e virtuais, como o de instituições que disponibilizam material para pesquisa (Superior Tribunal Militar, Ministério Público Militar, Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, entre outros).

**PALAVRAS-CHAVES:** Justiça Militar da União. Ampliação. Competência. Controle jurisdicional. Atos disciplinares. Forças Armadas.

## ENGLISH

**TITLE:** A critical analysis of jurisdictional control over disciplinary power in the federal military sphere.

**ABSTRACT:** The survey aims to present and discuss the main aspects of the jurisdiction of military justice of the Union (JMU) and how the changes, when the proposed constitutional amendment 358/05 is approved, will influence your competence, especially with regard to the jurisdictional control of the administrative disciplinary military acts. First, however, there was an approach to the specialized branch of Military Law, Military Discipline law, as well as on the draft constitutional amendment 358/05 and the discussion on what is the main object, when it comes to the expansion of the competence of the JMU, which are the administrative disciplinary acts subject to judicial control. Understand the adaptation to the new times and how to perform the jurisdictional control of the disciplinary punishments to members of the armed forces is the Mission of this work, so that it can be transmitted not only the importance of the expansion of the competence of the, but the important role of this branch of the judiciary. The methodology used was bibliographical research techniques based on the study of doctrinal books, articles, journals, legislation and recent case law available. Data collection was based on a cross-section through collections bibliographic virtual and physical, as the institutions that provide material for research (Superior Military Court, Military Prosecutors, Military Court of Justice of Minas Gerais, among others).

**KEYWORDS:** Military justice of the Union. Magnification. Competence. Judicial control. Disciplinary acts. Armed Forces.

## SUMÁRIO

1 Introdução (p. 3) – 2 Direito Disciplinar Militar (p. 4) – 3 A PEC 358/05 (p. 8) – 4 O Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos e das Sanções Disciplinares (p. 12) – 5 Conclusão (p. 14)

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, antes de adentrar no tema central a ser discutido, procurou apresentar de uma forma um pouco mais detalhada o Direito Disciplinar Militar como ramo especializado do Direito, pouco conhecido, entretanto, não menos importante que os demais.

O foco central de debate está no controle jurisdicional a ser exercido sobre as demandas disciplinares que hoje encontram-se na Justiça Federal Comum e que possuem previsão de uma possível ampliação de competência (através da PEC 358/05) da Justiça Militar da União (JMU), transferindo essas demandas para a JMU. Diferentemente da vertente estadual em que, ao aprovarem a EC nº 45/04 (conhecida como “A Reforma do Judiciário”), na qual, entre outras reformas, houve a ampliação de competência somente para a Justiça Militar Estadual (JME), que passou a julgar os crimes militares cometidos por policiais e bombeiros militares, bem como as ações judiciais contra atos disciplinares (administrativos) afetos a essas instituições estaduais.

Surge, então, a grande questão: como um ramo do Direito, entendendo o Direito como ciência, autônomo e estudado através de métodos, sendo ele o Direito Militar e sua Justiça Militar da União, possui competência para julgar crimes definidos em lei, mas não possui a competência para analisar ações contra feitos de caráter administrativo disciplinares? Será que as bases de análise e estudos para julgar uma ação penal, somadas à existência de um Conselho formado por militares para julgar ações criminais e juízes auditores preparados para tal fim específico

também não seriam necessárias para analisar e julgar questões cíveis, que, hoje são demandadas na justiça comum federal? Um juiz cível, diante de todas as suas demandas da justiça comum, consegue analisar da melhor forma com base em valores inerentes ao Direito Militar com os quais ele não tem o costume de aplicar em outras demandas da justiça comum? Quais seriam os desafios e possíveis respostas para a JMU, após concretizada a ampliação de sua competência, quando demandas cíveis passarem para as Auditorias Militares (1ª instância da JMU) e para o STM (2ª instância)?

Além de tentar responder a essas questões, levantar-se-ão pontos fundamentais para a consecução dos objetivos da reforma. Apesar de não ser um assunto novo, a discussão a respeito dele é recorrente e sempre se encontra acesa nas Auditorias Militares (1ª instância), Superior Tribunal Militar (STM) e no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), assim, como qualquer matéria delicada, há demora para encontrar uma definição justa e equilibrada para o problema.

## **2 DIREITO DISCIPLINAR MILITAR**

As Forças Armadas também estão sujeitas aos princípios gerais elencados nos art. 37, da Constituição da República (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), e ainda, mais especificamente, aos valores fundamentais da hierarquia e da disciplina, estes previstos no art. 142 da Carta Magna. (CAAMAÑO, 2009, p. 72)

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina (grifo nosso), sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, de qualquer destes, da lei e da ordem.

É tão peculiar a instituição Forças Armadas que o bem maior a ser tutelado pela Justiça Militar da União não é a vida, mas o bem maior pátria sustentada pelos pilares da hierarquia e disciplina. No plano conceitual, a Lei 6.880/80, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, traz em seu texto, no art. 14 e §§ 1º ao 3º, as definições de hierarquia militar e disciplina<sup>1</sup>.

Para Wilson Odirley Valla (2003, p. 116), a obediência hierárquica militar, no âmbito do Direito Penal e do Direito Administrativo comum, deve ser diversamente considerada, visto que a natureza da função militar requer que o superior conte com poderes e faculdades que compreende, ao mesmo tempo, o direito de ordenar e a faculdade de punir os atos que julgue contrários à disciplina. Nesse sentido, o autor descreve:

A organização militar é baseada em princípios simples, claros e que existem há muito tempo, a exemplo da disciplina e da hierarquia. Como se trata dos valores centrais das instituições militares é necessário conhecer alguns atributos que revestem a relação do profissional com estes dois ditames basilares da investidura militar, manifestados pelo dever de obediência e subordinação, cujas particularidades não encontram similitudes na vida civil.

Antes de mergulharmos nos principais aspectos a serem discutidos neste trabalho, é necessário e imperioso entender conceitos básicos,

---

<sup>1</sup> 1“Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico. § 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade. § 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo. § 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.”

principalmente, dos atos administrativos disciplinares militares e em qual contexto eles se encontram.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 389) traz os conceitos de atos administrativos. São tratados assim uma vez que o autor trabalha tanto as definições em sentido amplo, como também define os atos administrativos em sentido estrito. Por atos administrativos no sentido lato, define como:

declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestadas mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Passando agora para os atos administrativos disciplinares, estes visam atender os objetivos da disciplina funcional existente na Administração Pública, de forma a manter seus agentes no cumprimento dos mandamentos legais aos quais se sujeitaram. José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 72) aborda justamente o sentido que faz a disciplina funcional em termos de atuação dos agentes hierarquicamente ligados entre si, nesse diapasão, são as palavras do autor:

A disciplina funcional resulta do sistema hierárquico. Com efeito, se aos agentes superiores é dado o poder de fiscalizar as atividades dos de nível inferior, deflui daí o efeito de poderem eles exigir que a conduta destes seja adequada aos mandamentos legais, sob pena de, se tal não ocorrer, serem os infratores sujeitos às respectivas sanções. Disciplina funcional, assim, é a situação de respeito que os agentes da Administração devem ter para com as normas que os regem, em cumprimento aos deveres e obrigações a eles impostos.

É exatamente neste contexto e no sentido do controle funcional que os atos administrativos disciplinares militares se encontram. Os atos disciplinares militares estão inseridos no conceito amplo dos atos administrativos e, sendo assim, devem estar dotados dos mesmos requisitos que os informam. O ato administrativo disciplinar é a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública Militar que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato impor uma sanção disciplinar ao servidor militar, em face do cometimento de uma infração disciplinar preestabelecida, e ao fim de um processo apuratório em que lhe faculte a ampla defesa. (ASSIS, 2013, p. 195)

A partir dos conceitos e explicações supramencionados sobre os atos disciplinares militares, passaremos ao entendimento do Direito Disciplinar Militar, pois, este se vale dos atos aqui definidos na aplicação do poder-dever de agir das autoridades militares, no sentido de fazer com que os agentes militares cumpram os deveres impostos pelos regulamentos e normas aos quais estão subordinados, mantendo, assim, a permanente solidez dos pilares da hierarquia e da disciplina. O Direito Disciplinar Militar é considerado uma disciplina autônoma, que vem ganhando força para cada vez mais estar-se dissociando do ramo maior que o engloba, o Direito Administrativo Militar. Pode-se afirmar, através das variadas evidências em termos de obras, estudos, artigos, entre outras fontes, que existem três ramos do Direito, os quais se encontram intimamente ligados uns aos outros: o Direito Militar, Direito Administrativo Militar e o Direito Disciplinar Militar

O Direito Disciplinar Militar, inserido no Direito Administrativo Militar, é considerado aquele que se ocupa com as relações decorrentes do sistema jurídico militar vigente no Brasil, o qual pressupõe uma indissociável relação entre o poder de mando dos Comandantes, Chefes e Diretores militares e o dever de obediência de todos os que lhes são subordinados. Essa relação é tutelada pelos diversos regulamentos disciplinares, quando prevê infrações disciplinares e suas respectivas punições, e controlada pelo Poder Judiciário, via Justiça Federal comum, quando julgam as ações judiciais propostas contra atos disciplinares militares. (ASSIS, 2013, p. 99)

A concepção de um Direito Disciplinar Militar termina por se fixar de fato com a EC nº 45/04, alterando a redação do art. 125 e seus parágrafos, ampliando, então, a competência da JME, de forma que o Juiz de Direito passou ser o responsável pelo julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares. Na mesma linha é a intenção de, através da PEC nº 358/05, ampliar a competência da JMU com o controle jurisdicional de punições disciplinares.

### **3 A PEC 358/05**

Dentre as alterações no texto constitucional advindas com a PEC 358/05, a JMU terá competência para realizar o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares, excluindo-se disso os demais atos disciplinares. Porém, vários autores coadunam do mesmo pensamento de que esta não foi a intenção do legislador, tendo em vista que as punições disciplinares estão englobadas pelo espaço dos “atos”, que é um conceito mais amplo realmente.

Para a aplicação da punição disciplinar, alguns atos também necessitam sofrer o controle jurisdicional da JM, que tem a proposta de verificar a legalidade e validade dos atos, deixando de lado o julgamento do mérito para aplicação da sanção realizada pela autoridade militar. Ademais, limitar a JMU ao controle apenas de punições disciplinares, estaria sendo deixado de lado uma gama de atos disciplinares presentes nos regulamentos disciplinares, e fora deles, aptos a sofrer o controle jurisdicional por parte desse ramo especializado do Direito. (MARTINS, 2007, p. 25)

Entre esses atos está a ação de impugnação do despacho denegatório de requerimento de cancelamento de punição disciplinar, a ação de reintegração judicial cumulada com indenização por perdas e danos, além das questões incidentais porventura ocorridas durante o trâmite de sindicâncias disciplinares ou dos processos administrativos do Conselho de Justificação e de Disciplina, geralmente ligadas a violações em tese dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Sobre tal discussão, o alcance dos textos no comparativo de um com o outro (competência atual da JME e a possível competência da JMU<sup>2</sup>), Jorge César de Assis (2015, p. 14), em seu artigo “A Reforma Constitucional do Poder Judiciário e do Ministério Público e a Justiça Militar – EC nº. 45/2004”, analisa as expressões atos e punições disciplinares bem como o alcance do julgamento a ser realizado pela JMU com as possíveis mudanças advindas com a PEC 358/05, como segue abaixo:

A primeira coisa a ser feita é delimitar se as expressões “ações judiciais contra atos disciplinares militares” e “controle jurisdicional sobre as punições disciplinares militares” serão ou não sinônimas. Atos disciplinares militares é, a nosso sentir, expressão mais ampla do que punições disciplinares aplicadas aos militares, isto porque estas, as punições, serão sempre aplicadas por meio de atos disciplinares, os quais, antes de qualquer coisa são atos administrativos, e como tal devem ser tratados. É pelo ato disciplinar (v.g., a nota de punição) que se aplica a punição disciplinar que está previamente prevista nos regulamentos disciplinares militares. Quais seriam, então, os limites desta nova jurisdição militar? Quer nos parecer que o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares a ser exercido pela Justiça Militar da União (caso a proposta de emenda se concretize, atendência parece ser esta) só poderá ser exercido em decorrência das ações judiciais interpostas naquele juízo, da mesma forma que a Justiça Militar Estadual ao processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares

---

<sup>2</sup> 2 “Art. 1º Os arts. 21, 22, 29, 48, 93, 95, 96, 98, 102, 103-B, 104, 105, 107, 114, 120, 123, 124, 125, 128, 129, 130-A e 134 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação: [...] Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de onze Ministros vitalícios (grifo nosso), nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo dois dentre oficiais-generais da Marinha, três dentre oficiais-generais do Exército, dois dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e quatro dentre civis. [...] Art. 124. À Justiça Militar da União compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei, bem como exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas (grifo nosso).”

militares, estará exercendo o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos militares estaduais. Conquanto ditas de forma diversa, e postas em locais diversos da Constituição, a competência das duas espécies da Justiça Militar brasileira, com relação ao direito disciplinar – que é administrativo, é a mesma. Sendo o ato disciplinar um ato administrativo por excelência, os limites da jurisdição são exatamente os mesmos estabelecidos para a análise pela jurisdição comum ou ordinária, ou seja, não se poderá verificar o mérito do ato administrativo mas sim, os pressupostos exigidos para a sua formação e validade. Há que se verificar, neste momento, se ao Poder Judiciário é dado a mensurar a razoabilidade e proporcionalidade do ato disciplinar militar. É certo que a vida castrense tem *modus vivendi* próprio, impõe-se uma rigorosa observância dos usos e costumes militares, de modo que o ato disciplinar militar adquira contornos específicos. Via de regra se pugna pela impossibilidade de o Judiciário analisar o mérito do ato administrativo militar, somente podendo verificar os aspectos extrínsecos de sua legalidade. É a posição mais tradicional em nosso direito, mas com muita influência até hoje.

De acordo com Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (2013, p. 33), sem sombra de dúvidas, o maior desafio a ser enfrentado pela JMU com o advento da PEC 358/05, é a ampliação no seu campo de atuação, deixando de ser um juízo, exclusivamente, criminal, julgando somente os crimes militares definidos em lei, passando a ter sua atuação também ligada a área cível, devido às demandas oriundas do controle jurisdicional das punições disciplinares sobre os membros das Forças Armadas, o que fará através do processo e julgamento das ações judiciais contra os atos disciplinares militares.

Dessa forma, a JMU passará a travar contato com o processo cível, que antes era algo totalmente desconhecido na sua atuação (com exceção do julgamento dos mandados de segurança pelos tribunais) e seu instrumento balizador nesse trabalho passa a ser, principalmente, o Código

de Processo Civil (CPC) acompanhado pelo Código Civil e toda a extensa legislação administrativa e disciplinar que acompanha a aplicação dos atos disciplinares e correlatos nas Forças Armadas (Regulamentos Disciplinares, Regulamento da Lei de Serviço Militar Inicial, Normas Técnicas para Perícias Médicas, entre tantas outras). Lembrando que, ao ter o CPC como instrumento balizador dos seus atos nessas futuras novas demandas, caberá também à JMU a adaptabilidade e atualização com relação às mudanças do Novo Código de Processo Civil (NCPC) que passou a vigorar em março de 2016. (ROCHA, 2013, p. 34)

Em recente evento realizado em Brasília-DF, o 9º Encontro do Poder Judiciário, em 24 de novembro de 2015, o presidente do STM, ministro William de Oliveira Barros, defendeu e apresentou as demandas para a ampliação da competência da JMU para também apreciar, além das ações penais criminais, outras matérias afeitas às Forças Armadas, como os recursos de punições disciplinares, que hoje estão sob a jurisdição da Justiça Federal comum. O presidente defendeu a referida ampliação, ao discorrer sobre vertentes de causa e efeito, que justificam o deslocamento da competência da Justiça Federal para a JMU, nos seguintes dizeres:

Atribuir-lhe, pois, o julgamento das ações relativas ao Direito Administrativo Militar e ao Direito Disciplinar Militar pode ser entendido como uma decorrência natural de sua especialização. Essa característica poderá concorrer para uniformização de jurisprudência em demandas repetitivas, reduzindo significativamente o ajuizamento de ações nos âmbitos administrativo e disciplinar, com impacto direto sobre a prestação jurisdicional em prazo razoável.

Unem-se a esses argumentos, além da própria origem da JMU, a especialização e conhecimentos necessários das peculiaridades que os integrantes e julgadores da Justiça Militar Federal possuem para atender essas ações não criminais. A desoneração da Justiça Federal comum, com a transferência das ações de caráter disciplinar, é um desafio a ser enfrentado,

porém, a barreira inicial a ser rompida, e a mais difícil, é a concretização dessas demandas levantadas através do processo legislativo federal, quando tornar realidade a ampliação da competência da JMU. Continuará sendo árduo o trabalho do grupo formado por integrantes do STM, do CNJ, do MPM, da JME e membros das FFAA, presidido pela ministra do STJ, Maria Thereza de Assis Moura, para apreciar esta questão do aumento da competência, entre outras demandas, com o intuito de modernizar a Justiça Militar Federal.

#### **4 O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E DAS SANÇÕES DISCIPLINARES**

Após a EC nº 45/04, a redação do art. 125, §4º, ficou da seguinte forma:

[...] § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares (grifo nosso), ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças [...]

Desta forma, a apreciação pelo Poder Judiciário (Justiça Militar Estadual) dos atos disciplinares militares está em perfeita sintonia com os dispositivos do art. 5º, inciso XXXV, da CF/88 (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) e com os princípios norteadores da Administração Pública, inclusive a militar (art. 37, CF/88). Pelas palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2015, p. 711), o controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei, se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade, que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados.

Entretanto, Jorge César de Assis (2013, p. 368) afirma que a abrangência do controle jurisdicional dos atos disciplinares pressupõe a observação de alguns aspectos a serem considerados. Estando as Forças Armadas e Auxiliares estruturadas com base na hierarquia e disciplina (valores constitucionais), os princípios deste binômio acabam por se refletir de modo indelével na natureza jurídica do ato administrativo disciplinar militar, conferindo-lhe atributos específicos e consequências práticas que o diferenciarão dos atos disciplinares comuns acarretando, desta forma, vedações ou restrições no controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário. (ASSIS, 2013, p. 368)

Enquanto o processo administrativo propriamente dito é totalmente vinculado à norma legal ou regulamentar que o institui, a apuração da transgressão disciplinar ordinária, conquanto seja vinculada ao rito previsto no regulamento disciplinar, admite a chamada cláusula de reserva discricionária da autoridade militar, segundo a qual, será possível classificar como transgressão disciplinar todas aquelas omissões do dever militar, ainda que não especificadas expressamente nos regulamentos disciplinares. (ASSIS, 2013, p. 368)

Nas palavras de Jorge César de Assis (2013, p. 369), outro aspecto a ser considerado é o fato de os atos administrativos disciplinares militares gozarem de uma presunção de legitimidade e veracidade, sendo que, no ato sancionador militar, o atributo da presunção de legitimidade é mais contundente, pois a ele se agregam os princípios da hierarquia, disciplina e decoro da instituição, conferindo ao ordenamento normativo uma presunção relativa de veracidade dos fatos e das provas em favor da Administração Militar. Com efeito, é essa presunção de veracidade que autoriza a imposição imediata de sanção disciplinar, inclusive restritiva de liberdade, independentemente de posterior averiguação dos atos e fatos praticados pelo transgressor.

Anote-se, ainda, que a existência de uma PEC visando alterar a competência da JMU, de forma a possibilitá-la a realizar o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares, antes mesmo de aprovada,

gera questionamentos sobre o controle em comento no presente tópico, justamente pela questão de nomenclaturas empregadas, sendo uma de maior abrangência do que a outra, controle de atos para a JME e controle de punições para a JMU.

Para vários doutrinadores, atos disciplinares é uma expressão mais ampla do que punições disciplinares aplicadas aos militares, isto porque as punições serão sempre aplicadas por meio de atos disciplinares, os quais, antes de qualquer coisa, são atos administrativos e como tais devem ser tratados. É pelo ato disciplinar (v.g., a nota de punição) que se aplica a punição disciplinar que está previamente prevista nos regulamentos disciplinares militares. Ou seja, fazendo uma interpretação mais restritiva, o controle jurisdicional das punições passaria para a JMU, porém, os demais atos, inclusive aqueles utilizados para desaguarem em uma punição, continuariam na esfera da Justiça Federal comum, o que não faz sentido algum este tipo de fracionamento de competência. Ocorrendo a ampliação transfere-se, como um todo, esta atribuição de julgar todos os atos administrativos disciplinares para a JMU.

Entretanto, até que ocorra a aprovação da PEC, e as demandas comecem a bater à porta do Judiciário Militar, no que se refere às decisões em controle jurisdicional, fica a indagação sobre quais seriam, então, os limites desta nova jurisdição militar (JMU), ao que tudo indica aprovada através da PEC 358/05.

## 5 CONCLUSÃO

A escolha do tema do presente trabalho foi realizada sob a expectativa da aprovação da PEC nº 358/05, projeto que faz parte de uma complementação às mudanças ocorridas com a EC nº 45/04, emenda através da qual, dentre outras mudanças, houve a ampliação da competência da JME. A mudança proposta para o art.124, CF/88, vai “espelhar” o que já foi realizado para a JME, finalmente, dando a competência necessária e devida para as instituições, que possuem o entendimento necessário para dar o

melhor direito àqueles que buscam a apreciação do Judiciário, para suas demandas na Justiça Militar Federal.

Toda grande e forte nação encontra uma soberania inabalável, que é garantida pelas Forças Armadas (FFAA), e o Brasil, país com dimensões continentais, possui um corpo de FFAA forte e de tamanho proporcional às nossas terras, águas e mares. Com um efetivo de aproximadamente 326.000 militares ativos, ainda assim o Brasil é o 31º país no ranking de efetivo em proporção ao território e, em termos de potência, é o 11º, ficando atrás de países como Estados Unidos da América, China, Rússia e Indonésia (INSTITUTO INTERNACIONAL DE ESTUDOS ESTRATÉGICOS, 2015). Esses dados demonstram que a existência de uma FFAA forte e bem estruturada está intimamente ligada com a força política, estratégica e econômica e com uma organização de Estado bem definida.

Para tanto, as competências dos órgãos fundamentais e basilares para o funcionamento de instituições primárias e de poder estratégico para um país, tem de estar muito bem delimitadas. Para tanto, a Justiça Militar Federal necessita avocar competências que lhe faltam para julgar ações de caráter disciplinar, vou além, julgar todas as ações de caráter administrativo, pois é a JMU que detém o conhecimento necessário para tratar de assuntos tão específicos de interesse tão peculiar, como são as demandas ligadas às FFAA. Ademais, são os seus integrantes que tem a prática de sopesar o respeito aos valores tutelados por aqueles que dia a dia cultuam os símbolos nacionais e o respeito às instituições, bem como quando eles são violados. É incontestável a atuação e existência da JMU diante de tanta importância, o que torna indiscutível a necessidade deste ajuste através da PEC nº 358/05 que, entre outras mudanças, atinge diretamente a JMU, ampliando sua competência para julgar ações disciplinares contra membros das FFAA.

Este controle jurisdicional das punições disciplinares trazidos pelo novo texto do art. 124, da CF/88, abarca uma série de mudanças em termos de aplicação do direito material, tanto nas Auditorias (órgãos de 1ª instância da JMU) como na instância de 2º grau. O STM, tendo em vista que a Justiça Militar Federal passará a atuar não somente no julgamento

de crimes definidos em lei aplicando o CPM e o CPPM, como também passará a julgar ações de natureza cíveis, envolvendo assim, questões antes “desconhecidas” dos integrantes desse ramo especializado do Judiciário.

No caso dos recursos para o STM, sobre os quais os ministros militares seriam relatores de demandas de natureza cível, seria recomendável mudanças no Regimento Interno do Tribunal, o que não seria tão mais difícil. É possível a divisão da corte em Turmas, de forma que os recursos possam ser julgados somente pelos juízes civis, de forma específica para tal função. Essa modificação pode ocorrer através de uma emenda Regimental, assim, a própria legislação interna permite a referida “manobra”. O §1º, do art. 2º do RISTM, traz essa previsão, *in verbis*:

Art. 2º O Tribunal, com sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três Oficiais-Generais da Marinha, quatro Oficiais-Generais do Exército e três Oficiais-Generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco civis.

§ 1º O Plenário poderá ser dividido em turmas, sendo a competência de cada uma fixada em Emenda Regimental.

É muito importante que aqueles destinados a estarem na vanguarda destas mudanças, como o Grupo de Estudos composto por membros dos diversos órgãos do Judiciário e FFAA, “preparem o terreno” antes do encerramento do Processo Legislativo e o início de um novo ciclo para a atuação da JMU. Pode ser muito desgastante para os integrantes da JMU, e a própria instituição, aquilo que muitas das vezes vemos em determinadas decisões, as mudanças ocorrerem e o novo papel a ser desempenhado ainda engatinhando por necessidade de mudanças já vislumbradas anteriormente. Claro que não mudariam Regimentos ou a LOJMU antes, porém os Poderes (Legislativo e Judiciário) devem estar sincronizados quando da possível vigência da futura EC.

Deve haver uma preparação prévia para os membros da JMU como cursos de reciclagem, palestras, simpósios, de forma a se apresentarem nas melhores condições sobre o conhecimento técnico a ser aplicado diante de demandas novas. Assim, para os atores da aplicação das normas e do Direito na Justiça Militar Federal, permanece a expectativa de mudanças futuras que possam fortalecer ainda mais as decisões da JMU através da uniformização de pensamentos e como consequência a manutenção da celeridade para a proteção permanente dos valores da hierarquia, disciplina e do dever como pilares fundamentais das FFAA.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS. Magistrados do STM integram grupo de trabalho para aperfeiçoamento da Justiça Militar. Site. Disponível em: <<http://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/4932-magistrados-do-stm-integram-grupo-de-trabalho-para-aperfeiçoamento-da-justica-militar>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Ministro Presidente do CNJ, Ricardo Lewandowski, e presidente do STM discutem temas importantes para a Justiça Militar. Site. Disponível em: <<http://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/4454-ministro-presidente-do-cnj-ricardo-lewandowski-e-presidente-do-stm-discutem-temas-importantes-para-a-justica-militar>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

ALMEIDA, M. R. G. (Org.). *Manual para elaboração de trabalho científico*. São Luís: UFMA, 2002. 42 p.

AMPLIAÇÃO da Competência da JMU é Debatida por Ministros, Juízes e Membros das Forças Armadas. *Centro de Estudos Judiciários da JMU*. 22 out. 2013, Brasília. Disponível em: <<http://cejum.stm.jus.br/noticias/>>

ampliacao-da-competencia-da-jmu-e-debatida-por-ministros-juizes-e-membros-das-forcas-armadas>. Acesso em: 10 jun. 2015.

ANDRADE, M. M. de. *Introdução à metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalhos na graduação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ANJOS, S. E. A Justiça Militar no caminho certo. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, v. 39, n.24, p. 343-354, nov.2014.

ASSIS, J. C. *A Reforma Constitucional do Poder Judiciário e do Ministério Público e a Justiça Militar – EC nº 45/2004*. Site. Disponível em: <[www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/reformaconstit.pdf](http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/reformaconstit.pdf)> Acesso em: 10 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. A Reforma do Poder Judiciário e a Justiça Militar: Breves Considerações sobre seu Alcance. *Revista de Estudos e Informações – Justiça Militar do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n.15, p. 18-20, nov. 2005.

ASSIS, J. C.; CAMPOS, M. Q. A. *Comentários à Lei de Organização da Justiça Militar da União*. Curitiba: Editora Juruá, 2015. 206 p.

ASSIS, J. C. *Curso de Direito Disciplinar Militar*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

ASSIS, J. C. *Direito Militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6022: informação e documentação - artigo em publicação periódica científica impressa - apresentação. Rio de Janeiro, 2003. 05 p.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação - referências - elaboração. Rio de Janeiro, 2002. 24 p.

\_\_\_\_\_. NBR 6024: informação e documentação - numeração progressiva das seções de um documento escrito - apresentação. Rio de Janeiro, 2003, 03 p.

\_\_\_\_\_. NBR 6027: informação e documentação: sumário - apresentação. Rio de Janeiro, 2003, 02 p.

\_\_\_\_\_. NBR 6028: informação e documentação - resumo - apresentação. Rio de Janeiro, 2003, 02 p.

\_\_\_\_\_. NBR 14724: informação e documentação – trabalhos acadêmicos - apresentação. Rio de Janeiro, 2011, 15 p.

ARRUDA, J. R. *Direito Disciplinar Militar*. Rio de Janeiro: Fundação Trompowski, 2008.

BASTOS, P. C. *Superior Tribunal Militar: 173 anos de história*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 1981.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Estatuto dos Militares. Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980. [S.l. : s.n.]. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Organização da Justiça Militar da União. Lei 8.457, de 04 de setembro de 1992. [S.l. : s.n.]. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição – PEC 358/05, Senado Federal - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=274765>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

CAAMAÑO, F. O. *Habeas Corpus: Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares Militares*. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

CARVALHO FILO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CORRÊA, G. (org.). *Direito Militar: História e Doutrina, Artigos Inéditos*. 18. ed. Florianópolis: Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002, 197 p.

CORRÊA, L. B. *A Reforma Constitucional e a Justiça do Trabalho – perspectivas e desafios na concretização do ideal legislativo*. Revista do TST, Brasília, vol.71, n.1, p. 1-16, jan./abr.2005.

COSTA, A. H. *Direito Administrativo Disciplinar Militar*. São Paulo: Editora Suprema Cultura, 2003.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, A. B. H. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FOUREAUX, R. *Justiça militar: aspectos gerais e controversos*. São Paulo: Fiuza, 2012.

LESSA, S. J. *Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância – Doutrina, Jurisprudência e Prática*. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

MAGALHÃES, R. *Proposta de Emenda Constitucional nº 358, de 2005*. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegracodteor=261223&filename=PEC+358/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracodteor=261223&filename=PEC+358/2005)>. Acesso em: 30 de abril de 2015.

MARTINS, E. P. *Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua processualidade*. Lemes: Editora de Direito, 1996.

MARTINS, M. G. *Ampliação da Competência da Justiça Militar da União pelo Controle Jurisdicional das Punições Disciplinares Aplicadas a Membros das Forças Armadas*. 2007. 53 f. Monografia (Especialização em Direito Militar). Faculdade de Direito de Santa Maria, Santa Maria, 2007.

MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

MIKALOVSKI, A.; ROBSON, A. *Manual de Processos Administrativos Disciplinares Militares*. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

OLIVEIRA, F. M. *Sanção Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RIBEIRO, L. R. M. *200 Anos da Justiça Militar no Brasil 1808-2008*. Rio de Janeiro: Action Ed., 2008. ISBN 978-85-85654-25-2.

ROCHA, M. E. G. T. *Justiça Militar da União na Constituição Brasileira de 1988. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*. Brasília, v.22, n 1-2, jan./set. 2013, p. 20-36. Anual.

ROSA, P. T. R. *Processo Administrativo Disciplinar Militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANTOS, J. A. *Justiça Militar – No Brasil e no Mundo*. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar. Brasília, v.22, n 1-2, jan./set. 2013, p. 37-40. Anual.

SILVA, L. F. C. Uma perspectiva atual da competência da Justiça Militar da União para o julgamento de civis. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, v. 39, n.24, p. 161-184, nov.2014.

SOTOMAYOR, R. A. *Jurisdiccion Penal Militar. Santiago do Chile*: Editorial Jurídica de Chile, 1973.

SOUZA, O. A. S. *Justiça Militar: uma Comparação entre os sistemas constitucionais brasileiro e norte-americano*. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

# Perícia criminal militar: uma análise para peritos e usuários da perícia castrense

**Guilherme Vieira Marques**

2º Sargento do Exército Brasileiro. Perito Criminal Militar

**RESUMO:** A Perícia Criminal Militar, embora ainda seja um ramo pouco conhecido pelo público castrense, é uma atividade imprescindível na produção de provas técnicas para a Justiça Militar. Nesse sentido, far-se-á uma breve análise sobre os aspectos jurídicos da função do Perito Militar, apresentando algumas nuances em relação ao perito oficial e perito *ad hoc*. Além disso, busca-se uma reflexão acerca da importância da preservação do local de crime, demonstrando os empecilhos que o perito encontra para exercer sua atividade, bem como as consequências relacionadas à não idoneidade da cena. O presente artigo também esclarece sobre o número de peritos regulados pela legislação específica, explora a possibilidade de o Perito Militar participar de outros atos processuais, bem como apresenta algumas ponderações acerca dos prazos para apresentação dos laudos. Almeja-se, porém, primordialmente, o debate e divulgação desse ramo técnico.

**PALAVRAS-CHAVES:** Perito Criminal Militar. Perito Oficial. Perito Ad Hoc. Preservação do local de crime. Número de peritos. Participação em outros atos. Prazo.

## ENGLISH

**TITLE:** Military criminal expertise: an analysis for experts and users of military expertise.

**ABSTRACT:** The Military Criminal Expertise, although it is a branch still little well known by the military public, is an essential activity on the establishment of technical evidence for the Military Justice. For that matter, a brief analysis on the legal aspects of the Military Expert's role will be made. Also some nuances regarding the expert in charge and the *ad hoc* expert are going to be introduced. Besides that, some thought is going to be put on importance of the protection of the crime scene, demonstrating the obstacles found by the expert to perform their activity, as well as the consequences related to the non-reliability of the scene. The present article also enlightens about the number of experts regulated by the specific legislation, explores the possibility of the Military Expert taking part of other procedural acts, and presents some submitting the reports. However, the debate and dissemination of this technical branch are primarily aimed.

**KEYWORDS:** Military Criminal Expert. Expert in Charge. Ad Hoc Expert. Protection of the crime scene. Number of experts. Taking part of other acts. Deadline.

## SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Considerações acerca das categorias de peritos – 2.1 Perito Oficial – 2.2 Perito Ad Hoc – 2.3 Perito Criminal Militar – 3 Habilitação do Perito Criminal Militar no Exército Brasileiro – 4 Preservação do local de crime – 5 Do número de peritos – 6 Participação do perito em outros atos processuais – 7 Do prazo para apresentação do laudo. – 8 Conclusão – 9 Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 optou por desmembrar as competências para processamento e julgamento dos crimes entre as justiças federal, estadual e militar.

No mesmo sentido, optou por estabelecer diferentes categorias de pessoas capazes de auxiliar a justiça através de um conhecimento técnico, com o objetivo de subsidiar a solução dos crimes nas diferentes esferas judiciais.

Em todos os casos, porém, é obrigatório o exame dos elementos materiais deixados pela ação delituosa, indo muito além de um simples trabalho de cumprimento da lei, mas procedimento imprescindível para a comprovação da materialidade de um crime.

Em muitos casos, será o trabalho da polícia científica único meio de prova hábil capaz de revelar a autoria de um crime, tem valor probatório infalível e não pode tal exame ser suprido, inclusive, pela confissão do acusado.

O exame de corpo de delito deve ser feito a qualquer dia e hora; terá como produto a confecção de um laudo que traçará o nexo entre os vestígios encontrados no local, o fato criminoso e o autor do delito; e, embora possa ser rejeitado no todo ou em parte pelo magistrado (já que poderá formar sua convicção através da livre apreciação da prova), serve como requisito de suma importância para o decreto condenatório.

A perícia criminal surge, portanto, da necessidade de instrumentalização da justiça respaldada em provas substanciais, atingindo a defesa dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos.

## **2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS CATEGORIAS DE PERITOS**

Existem vários tipos de exames periciais que podem esclarecer um fato delituoso, e embora todos tenham a função de elucidar um crime, observa-se, por meio da legislação, uma diferenciação entre as categorias de peritos.

Como exemplo dessas categorias, podemos citar as de cunho médico-legal, realizadas por médicos especialistas (legistas) através da necropsia, ou as realizadas pelos odontologistas através de um exame odontológico.

Existe também as perícias laboratoriais, realizadas por químicos, farmacêuticos e biólogos, bem como a perícia de competência exclusiva,

como exemplo as de cunho contábil, que sempre deverá ser atribuição privativa de um contador.

Além das já citadas, e não menos importante, existe a perícia em local de crime, e é exatamente aqui que o presente estudo busca descrever as divergências e semelhanças entre os responsáveis pelo levantamento *in loco* dos vestígios, ou seja, feita nos elementos deixados nos lugares onde houve a prática criminosa.

Lino Leite de Almeida (2011, p. 32) cuidou de esclarecer o papel do perito de local:

A investigação pericial tem como objetivo fazer o levantamento do local, catalogar, registrar e analisar o conjunto de vestígios encontrados, o que caracteriza a definição da materialidade dos fatos, e a partir dos vestígios sugerir uma dinâmica provável para o evento, e também apontar a autoria.

Nesse sentido, especificamente, serão analisados os três tipos de peritos: os oficiais, os chamados *ad hoc* e os peritos criminais militares.

## 2.1 Perito oficial

São pessoas investidas em cargos mediante concurso público estadual ou federal e disciplinadas, entre outras legislações, pelo Código de Processo Penal (CPP) e pela Lei nº 12.030, de 17 de setembro de 2009.

Dentro das suas atribuições, o perito oficial intervém no Inquérito Policial e também no processo. É amplamente aceito no âmbito jurídico por produzir pareceres que auxiliam, tanto para condenar, como para inocentar um réu.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 159, prevê a competência dessa categoria para realização do exame de corpo de delito, e é exigido como requisito o diploma de curso superior.

Embora o Código de Processo Penal seja do ano de 1941, a exigência da formação universitária para peritos oficiais somente foi incluída em 2008, por meio da Lei nº 11.690, de 9 de junho, não era antes disso, portanto, uma exigência legal.

O parágrafo primeiro do mesmo artigo dispõe sobre exceção para a falta de perito oficial e possibilita que o exame seja realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de curso superior.

Note-se que essa permissão somente ocorre nas localidades em que não houver perito oficial. Essas duas pessoas devem ser escolhidas de acordo com sua capacitação técnica, além da exigência da diplomação em curso superior, requisito incluído no CPP pela Lei N° 8.862, de 28 de março de 1994.

É evidente que a criação dessa categoria foi ensejada em decorrência do funcionamento precário dos órgãos periciais em diversas localidades, havendo há época, poucas instituições estatais encarregadas de tal tarefa.

Por esse motivo, o legislador teve a cautela de cogitar a possibilidade de a realização de exames em locais de crime ser feita por pessoa diferente do perito oficial, surgindo dessa forma o perito *ad hoc*.

## 2.2 Perito ad hoc

A expressão latina *ad hoc* é geralmente utilizada para determinar um evento de caráter temporário, proposto para uma finalidade específica.

Tal significado também se estende ao contexto jurídico, quando da necessidade de o indivíduo exercer atividade com objetivo singular, ou seja, para um feito bem determinado.

Exemplificativamente, cabe lembrar que o ordenamento jurídico pátrio já permitiu, inclusive, a figura do magistrado *ad hoc*, função criada por meio do Decreto N° 848, de 11 de outubro de 1890, e que existiu nos primeiros anos da República.

Em um passado não tão distante, e da mesma forma, também subsistiu o promotor *ad hoc*, somente extinto pela Lei Complementar n° 40, de 14 de dezembro de 1981, que vedou expressamente, em seu artigo 55, o exercício da função por pessoa estranha ao Ministério Público.

O Código de Processo Penal Militar (CPPM), no entanto, ainda prevê o instituto *ad hoc* em alguns casos, como na seção de auxiliares do

juiz, em que, havendo impedimento do funcionário ou serventuário da justiça, na falta do substituto convocado, permite-se esse tipo de nomeação (artigo 45).

Da mesma forma é possível a expedição do mandado de prisão lavrado por escrivão *ad hoc* (artigo 225, letra “a” do CPPM), entre outras alusões ao termo, evidenciadas nos artigos 389 e 433, §7º, do mesmo diploma legal.

Ainda dentro do arcabouço jurídico, à luz do Código Civil, também se observa o adjetivo *ad hoc* para excepcionar os casos de suprimento da falta ou impedimento de oficial do Registro Civil.

Mostra-se claro que, em todos os casos abordados, são destacados personagens para as referidas atividades diante da ausência ou impedimento do “titular”, ou seja, provisoriamente. Da mesma forma ocorre com o perito *ad hoc*.

Entendendo essa categoria de perito, ou seja, o determinado para cumprimento daquela exigência específica, pode-se inferir que são pessoas que, em geral, desconhecem as técnicas de criminalística para realização de exames periciais.

Buscando reduzir esse problema, preocupou-se o legislador em inserir expressamente a condicionante do curso superior para a realização do levantamento técnico pericial por perito *ad hoc*.

Essa exigência para nomeação surgiu como condicionante para selecionar aquelas pessoas que, em tese, estariam intelectualmente mais bem preparadas para produzir peça que, baseada nas ciências da natureza, seria capaz de influenciar na convicção dos magistrados na solução de um crime.

Como já mencionado, a inclusão dessa condicionante foi dada apenas em 1994, pela Lei Nº 8.862, quando o número de alunos matriculados em cursos de graduação presencial era de 1.661.0341<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. Sinopse Estatística da Educação Superior 2016. Brasília: Inep, 2017. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/basica-censo-escolar-sinopse-sinopse>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

Atualmente, o número total de alunos vinculados aos cursos de graduação presencial e a distância é de cerca de 11.440.726, ou seja, bem mais significativo que na situação retro mencionada, demonstrando que, na atual conjuntura, a graduação em nível superior não tem a mesma eficácia seletiva da época, embora permaneça legalmente como condição limitadora.

### 2.3 Perito criminal militar

A competência da Justiça Militar está descrita na Constituição Federal (CF/88) que, em seu artigo 144, parágrafo 4º, deixa claro que as forças policiais civis não podem apurar os crimes militares, e a competência para essa apuração está descrita no artigo 8º do Código de Processo Penal Militar.

São comuns as discussões acerca da atuação do Perito Criminal Militar, chegando a ser questionada, em alguns casos, a sua legalidade, ignorando-se a existência de legislação específica que regula o tema, qual seja, o Código de Processo Penal Militar.

Importante salientar que o presente artigo não vislumbra, de modo algum, equiparar o perito criminal militar aos peritos oficiais, mas também não seria acertado fazê-lo ao perito *ad hoc*, e esta conclusão parecerá clara ao se analisar, com base na legislação pátria, as competências de cada categoria de perito, civil ou militar, descrevendo as atribuições que regulamentam e estabelecem suas limitações.

Elizeu Santiago (2014, p. 96), perito oficial, descreveu em seu livro sobre criminalística:

[...] cada perito, civil ou militar, tem suas atividades regulamentadas por leis que fixam os seus limites e atribuições, anulando assim o chamado conflito de atribuição, alardeado por pessoas mal intencionadas.

Ao contrário do que alguns pensam, têm sido constantes os gestos de colaboração entre peritos militares e civis. Somos testemunhas do intercâmbio frequente entre eles, nos eventos diários e nos simpósios e nos Congressos de

Criminalística. Portanto, todos e qualquer ato insidioso, visando se constituir em uma manobra de cizânia, fatalmente se remeterá ao vazio.

Frisa-se que o perito criminal militar está apto a atuar em atividades de guerra e de não guerra; em zonas de conflito, local que dificilmente existirá a figura de um perito oficial.

Embora pareça uma justifica inusitada, já que o Brasil tem as relações internacionais regidas pela solução pacífica dos conflitos (artigo 4º, inciso VII da Constituição Federal), a própria CF/88 prevê o caso de guerra e não é plausível que fosse deixada essa lacuna.

Cuidou o legislador, portanto, de dar competência legal a pessoa inserida na zona de conflito, que provida de um conhecimento específico, pudesse dar suporte à Justiça Militar para apuração dos crimes militares.

Na mesma linha de pensamento, também é possível observar a figura do perito criminal militar nas missões de paz da qual o Brasil faz parte, pois são enviados militares dotados desse conhecimento para atuar como braço técnico da Polícia Judiciária Militar na elucidação dos delitos.

Importante lembrar que para a aplicação da lei penal militar brasileira, considera-se a extraterritorialidade incondicionada, ou seja, será competência da justiça militar pátria o processamento e julgamento dos crimes mesmo quando cometidos em país estrangeiro.

Embora o Código de Processo Penal Militar, em seu artigo 48, seja explícito em citar a preferência de a função ser exercida por Oficiais da ativa, na prática, quase a totalidade das perícias realizadas pelo Exército Brasileiro são feitas por Sargentos de carreira.

Dessa informação surgem duas principais dúvidas: a primeira, sobre a competência legal de o Sargento poder exercer essa atividade; e a segunda, traçando-se um paralelo com o Código de Processo Penal Comum, sobre a necessidade de ser diplomado com curso superior.

A primeira pergunta parece já superada em razão de o próprio CPPM explicitar a preferência e não a excepcionalidade de os exames serem realizados por Oficiais da ativa.

Tal entendimento também pode ser consagrado por meio da leitura do artigo 318 do mesmo Código, que descreve a necessidade de dois peritos especializados no assunto ou com habilitação técnica. Ou seja, o requisito formal é a especialização ou habilitação técnica e não o posto ou graduação, portanto, mera preferência.

O artigo 52 do mesmo diploma legal veta a possibilidade da atuação como perito daquele que não possui habilitação para o seu desempenho; é novamente referenciada a única exigência para que se exerça a atividade de perito criminal militar; não cabe outra ponderação como argumento válido para sua negativa.

A diplomação em curso superior é requisito do Código de Processo Penal Comum, não é tal requisito necessário para atuação do perito militar.

Atualmente, porém, é notório que o Sargento de carreira, cada vez mais ciente da necessidade de sua qualificação, tem buscado por meios próprios a sua graduação em curso superior.

A título de ilustração, no Batalhão de Polícia do Exército de Brasília, dos 17 sargentos habilitados à função de perito criminal militar, 10 são formados, 4 são graduandos e apenas 3 não possuem formação acadêmica.

Ainda cabe ressaltar que o Decreto Presidencial Nº 9.171, de 17 de outubro de 2017, passou a reconhecer, por meio do Ministério da Educação, a escola de formação de Sargentos como curso superior, o que findará com as discussões nesse sentido.

Em alguns casos ocorre a necessidade da instauração de inquéritos concomitantes, civil e militar, como exemplo pode-se citar um atropelamento que cause a morte de um civil em área fora da administração militar, causada por viatura militar conduzida por motorista em serviço.

Nota-se que, no caso exemplificado, haverá dois Inquéritos Policiais simultâneos: o Inquérito Policial e o Inquérito Policial Militar (IPM). Neste, será papel do perito criminal militar subsidiar a peça preliminar com o levantamento do local.

Geralmente o perito militar, ao chegar na cena, aguarda o comparecimento do perito oficial, de modo que os vestígios somente sejam

alterados com a presença das duas categorias, realizando-se o exame de maneira simultânea, sendo comum a interação cordial e efetiva colaboração entre os mesmos.

Atualmente a Justiça Militar não conta com um Instituto de perícias, e a função cumprida no Exército Brasileiro é, em grande parte, pelos Pelotões de Investigações Criminais dos Batalhões de Polícia do Exército, que contam com Grupos de Criminalística para tal atividade.

É importante que seja entendido que, para função de perito militar, não há necessidade de um serviço de escala específico, bem como não há imposição de publicação em Boletim Interno ou qualquer outro documento, vez que todos esses são atos administrativos e não podem ser confundidos com o exercício da atividade pericial que transcorre no campo judicial.

Portanto, a Organização Militar que possuir peritos habilitados (detentores do curso), deve envidar esforços para que eles realizem o levantamento de local de crimes, e que sejam garantidas, dessa forma, a preservação e a idoneidade das provas. Não é necessário que se faça o acionamento de equipes de outras localidades, cuja distância, além dos riscos inerentes ao deslocamento, ainda trazem despesas desnecessárias à União e eventuais prejuízos ao processo.

A célebre frase de Edmond Locard, pioneiro da ciência forense, que relata: “O tempo que passa é a verdade que foge”, deve ser considerada para a rápida chegada até o local do crime, e não se deve permitir que sejam perdidos os elementos materiais fundamentais à elucidação dos casos.

Nesse sentido também é o entendimento de Gorrilhas e Aguiar Britto (2016, p. 125) ao descrever que, “após a consumação do crime, com o passar do tempo e das horas, os vestígios tendem a desaparecer, razão pela qual a perícia deve ser realizada logo após o cometimento do crime”.

Um argumento também utilizado por peritos de algumas localidades é a falta de materiais para realização do levantamento de local, portanto, eles devem ser providenciados pela Organização Militar, para que haja a mínima condição para que perito exerça seu ofício.

Obviamente que, em casos de perícias mais complexas, ou mesmo as que necessitem de materiais mais específicos, é recomendável uma equipe com mais experiência, ou o auxílio dos órgãos civis de polícia, e estes são utilizados como subsídios ao Inquérito Policial Militar, permitidos pelo artigo 8º, letra “g” do Código de Processo Penal Militar.

Nota-se, portanto, que o perito militar, diferentemente do perito *ad hoc*, não exerce sua função para um caso específico, tampouco atua como substituto efêmero, mas como legalmente dotado de capacidade para os levantamentos em locais de crimes militares.

O Perito castrense é, portanto, a pessoa instituída pela legislação específica para exercer a atividade, e seu não reconhecimento seria ignorar a própria lei.

### **3 HABILITAÇÃO DO PERITO CRIMINAL MILITAR NO EXÉRCITO BRASILEIRO**

Como já abordado, a habilitação técnica é o único requisito necessário para qualificar o militar a realizar uma perícia criminal. É, portanto, imprescindível que se conheça como é feita a preparação para realizar essa atividade.

Até o ano de 2010, a habilitação dos militares para atuar na área pericial era realizada nas Organizações Militares de Polícia do Exército.

Os cursos transcorriam a critério de cada Batalhão, de acordo com a necessidade, sem uma grade curricular unificada, habitualmente utilizava-se de peritos oficiais dos estados (contratados para a atividade de ensino), mas principalmente contando com o apoio dos militares já habilitados das respectivas unidades.

Consciente da necessidade de evolução da Perícia Criminal Militar e por meio das portarias Nº 180 e 181 do Estado-Maior do Exército, de 20 de dezembro de 2010, o Exército Brasileiro criou o Curso de Perícia e Investigação Criminal Militar para Oficiais e Sargentos, com vistas a aprimorar os conhecimentos periciais, bem como unificar essa área de cognição.

Atualmente, o curso tem duração de 42 (quarenta e duas) semanas: 18 (dezoito), para a 1ª fase de educação a distância; e 24 (vinte e quatro), para a 2ª fase de educação presencial. São abordadas diversas disciplinas como criminalística, medicina legal, explosivos e munições de emprego militar, balística forense, entomologia forense, acidentes de trânsito, crimes contra a vida, entre outros. Além disso há a oportunidade de visitas em diversos órgãos relacionados com a atividade pericial pelo Brasil, como a fábrica de armamentos da IMBEL (Itajubá-MG), o Instituto de Medicina-Legal Afrânio Peixoto (Rio de Janeiro-RJ) e Casa da Moeda do Brasil (Rio de Janeiro – RJ)<sup>2</sup>.

Durante o período de realização do curso, o aluno permanece à disposição da Escola de Instrução Especializada (Organização Militar responsável pelo curso), exclusivamente voltada à atividade de ensino.

Mostra-se, portanto, uma razoável preparação do militar para exercer a função de perito criminal, com carga horária de preparação maior do que a de Peritos Oficiais de alguns estados e, nas técnicas de criminalística, muito à frente do que seria o perito *ad hoc*, não há qualquer motivo plausível para se questionar sua competência para exercício dessa atividade.

#### 4 PRESERVAÇÃO DO LOCAL DE CRIME

Entre as medidas apresentadas como preliminares ao inquérito, uma das mais relevantes para um eficiente levantamento pericial é a preservação do local de crime. Frequentemente, nas infrações que deixam vestígios, será por intermédio da prova técnica, o único meio capaz de revelar a autoria do fato.

Embora a conservação da cena do crime seja uma exigência legal prevista nos artigos 12, letra “a” e 339, ambos do Código de Processo Penal Militar, é notória a displicência com que o tema é tratado.

---

<sup>2</sup> ESCOLA DE INSTRUÇÃO ESPECIALIZADA. Curso de Perícia e Investigação Criminal Militar Para Praças. Rio de Janeiro: EsIE, 2018. Disponível em: <<http://www.esie.eb.mil.br/cursos/cursos-para-pracas/97-pericia-e-investigacao-criminal-militar-para-pracas>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Como já relatado, o papel do perito é o de coletar elementos técnicos capazes de elucidar a dinâmica dos fatos, e cabe à autoridade competente a responsabilidade sobre a preservação do estado das coisas.

Albani Borges dos Reis (2005, p. 84), em seu livro *Metodologia científica e perícia criminal*, menciona:

Por isso a recomendação de que se registre no Laudo Pericial a situação em que foi encontrado o local. Isso é também uma exigência do CPP para que as investigações caminhem também por essa direção. Tanto na fase de investigação como na fase de processo, o retrato do local e do evento deve ser o mais fiel possível, ou seja, as reais condições do local no momento em que o perito vê. Deixa de ser responsabilidade do perito caso algum detalhe do crime tenha sido violado, não sendo dessa forma devidamente periciado. É exigência do CPP que o perito que examina o local violado registre no seu laudo as condições desse local e as implicações que a violação venha a ter no curso das investigações. (Grifo nosso)

É corriqueiro que, por ocasião dos exames, o local encontre-se inidôneo, particularmente nos casos que envolvem veículos automotores e naqueles com armas de fogo, em que é comum que o armamento já tenha sido manejado antes da chegada da equipe de perícia, ou mesmo já tenha sido removido do local.

Para os casos de acidente de trânsito, cabe uma ressalva, já que a Lei N° 5.970, de 11 de dezembro de 1973, autoriza a remoção dos veículos envolvidos em acidente. Exclui-se, porém, a aplicação do disposto nos artigos 6º, inciso I e 169, ambos do Código de Processo Penal, embora expresse que a referida autorização seja cabível nos casos em que os veículos estejam prejudicando o tráfego da via pública.

Na prática, ocorre a simples remoção dos veículos, sem critério, em locais ou horários em que a manutenção do estado das coisas traria transtorno mínimo ou nenhum aos transeuntes.

Ainda, pela simples leitura do parágrafo único, do artigo 1º da mesma lei, nota-se ser obrigatória a lavratura do boletim de ocorrência, e

deve nele ser consignado o fato, as testemunhas que o presenciaram e todas as demais circunstâncias necessárias, o que pouco ocorre.

Ressalta-se que o Código Penal Militar, em seu artigo 324, tipifica como crime a inobservância de lei, regulamento ou instrução, com penas que variam de detenção até a suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função por até um ano.

Esclarecer as responsabilidades pertinentes sobre a não preservação do local, bem como seu desfazimento, ficam a cargo da autoridade competente, e é nesse sentido que orienta Dorea, Sumvoll e Quintela (2010, p. 35), ao descrever que “o perito criminal deve ter o cuidado de agir o mais tecnicamente possível, sem entrar no campo da fiscalização do trabalho de outros segmentos policiais. Cada um tem a sua responsabilidade no processo”.

Diante do analisado e exposto, fica evidente não ser função do perito criminal a preservação do local (embora muitas vezes tenha de tomar as primeiras providências nesse sentido). É impositivo legal o relato minucioso do estado das coisas conforme foi encontrado por ocasião da sua chegada, bem como suas consequências para a dinâmica dos fatos.

A não preservação, para que fique claro, não enseja em uma não realização de levantamento do local, Alberi Espindula (2009, p. 32) esclarece que “o perito não deve deixar de realizar o exame solicitado por falta de preservação ou qualquer outra alteração. Deve examinar o local da forma como encontrou e ter cuidado de registra tudo em seu laudo”.

## **5 DO NÚMERO DE PERITOS**

A mudança trazida pela Lei Nº 11.690, de 9 de junho de 2008, que alterou o Código de Processo Penal e autorizou a confecção do laudo por um único perito, não causou modificações para a perícia castrense.

Para o Código de Processo Penal Militar, nunca foi necessária a presença de dois peritos, e é expresso que essa opção far-se-á sempre que possível.

Esse é, inclusive, o entendimento consolidado no Superior Tribunal Militar:

EMENTA: APELAÇÃO. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTOPERCENTE. ART. 290 DO CPM. NÃO OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DE LAUDO PERICIAL POR DOIS PERITOS. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. READEQUAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. INVIABILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. I - O art. 318 do Código de Processo Penal Militar determina que as perícias sejam realizadas sempre que possível por dois peritos, não havendo óbice, portanto, que os exames sejam assinados somente por um expert [...]. (Grifo nosso) (STM - Apelação nº 43-47.2017.7.10.0010/CE, Rel. Min. Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz - J. 08.02.2018)

A questão foi também analisada pela Corte Suprema, que compartilha do mesmo entendimento:

EMENTA Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de entorpecente em local sujeito à administração militar (art. 290, CPM). Ação penal. Interrogatório. Realização ao início da instrução (art. 302, CPPM). Nulidade. Inexistência. Processo já sentenciado. Prevalência do princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CF). Precedente. Persecução criminal. Denúncia anônima. Deflagração de diligências preliminares. Admissibilidade. Precedentes. Laudo pericial. Subscrição por um único perito. Admissibilidade. Inteligência do art. 318 do Código de Processo Penal Militar. Artigo 290 do Código Penal Militar. Constitucionalidade. Norma penal em branco. Incidência da Portaria nº 344/98 da Secretaria da Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Precedente. Ordem denegada. [...] 4. Nos termos do art. 318 do Código de Processo Penal Militar, “as perícias serão, sempre que possível, feitas por dois peritos, especializados no assunto ou com habilitação técnica, observado o disposto no art. 48”. 5. A exigência de que a perícia seja subscrita por dois peritos admite exceções, não se tratando de imposição absoluta, razão por que é irrelevante que o laudo definitivo tenha sido subscrito por apenas um perito oficial. Precedentes. [...] (STF - Habeas Corpus nº 128894/RS, Rel. Ministro Dias Toffoli – J. 23/08/2016)

Importante compreender a especificidade da questão, uma vez que a atividade militar é disseminada por todo o território nacional, inclusive nos lugares de baixa densidade demográfica, como é o exemplo das regiões fronteiriças, também sujeitas à disciplina do Código Castrense.

Nessa reflexão também se inserem os casos de missão no exterior, em que, embora o efetivo pessoal esteja muitas vezes reduzido, estará abarcado pela lei específica.

A alteração do Código de Processo Penal Comum cuidou ainda de inserir o parágrafo 7º no artigo 159, que possibilitou a designação de mais de um perito oficial (ou assistente técnico) nos casos de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado. E aqui fica a indagação: não seria a perícia criminal, em sua essência, atividade de natureza complexa e multidisciplinar?

Fica claro (e parece não haver controvérsias) que não foi intenção do legislador limitar o número de peritos, mas sim permitir que os Institutos de Criminalística possam dar celeridade à confecção de trabalho menos complexos.

Argumenta-se, ainda, que a alteração possa ter sido provocada pela carência de profissionais na área, o que seria lamentável, pois é notório, ao traçar uma comparação com países mais desenvolvidos, que, somente com mais investimento na polícia técnica, pode-se trazer uma persecução penal efetiva, com melhora nos índices de solução de crimes.

Diferente do que possa parecer, embora o Código de Processo Penal Militar autorize a mesma medida supramencionada, os laudos produzidos pelos Peritos Militares são, quase que em sua totalidade, assinados por dois peritos.

Essa medida é geralmente adotada pela busca de mais robustez e correção dos laudos periciais. Além disso, busca-se garantir mais credibilidade aos pareceres castrenses.

Imagina-se, em um mundo ideal, a possibilidade de haver uma equipe de profissionais para seguir aos locais de crime, composta por peritos, investigadores, papiloscopistas e médicos legistas.

Atualmente esse é o modelo adotado pela Divisão de Homicídios da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro (capital) que, a partir da iniciativa, mostrou melhoras nos números de solução dos casos.

## 6 PARTICIPAÇÃO DO PERITO EM OUTROS ATOS PROCESSUAIS

Não é incomum que durante o procedimento apuratório alguns encarregados queiram intimar o perito para participar de outros atos processuais, por exemplo, como testemunha.

De antemão, deve ficar claro que as questões aqui abordadas são impositivas, e devem os peritos e encarregados estar atentos às exigências e enquadramentos para o exercício da função, pois sua inobservância pode resultar em um parecer destituído de valor probante.

O artigo 52, letra “b”, do Código de Processo Penal Militar, descreve que não poderão ser peritos os que já tiverem prestado depoimento no processo ou opinado sobre o objeto da perícia; não é admissível que estes produzam os respectivos laudos.

Portanto, resta evidente a causa de impedimento de que o militar não pode ser ouvido como testemunha sobre objeto do qual tenha atuado como perito (ou confeccionado o laudo).

Também figura como impeditivo o perito inabilitado, e reforça-se a necessidade da habilitação técnica descrita no artigo 318 do CPPM e já abordada nesse artigo. Não é comum que ocorra tal hipótese, visto que as organizações militares destituídas de perito militar habilitado costumam pedir apoio às unidades que o têm, ou mesmo aos órgãos de polícia civil ou federal, medida permitida, inclusive, pela legislação castrense.

A limitação etária (21 anos) também não é grande impeditivo, pois o próprio lapso temporal da formação militar (5 anos para os oficiais e 2 anos para sargentos), acrescidos do período de habilitação técnica de aproximadamente 6 meses, quase que impossibilita a formação de perito menor de 21 anos.

O artigo 53 do CPPM disciplina aos peritos às mesmas suspeições dos magistrados, descritas no artigo 38 do mesmo Código, dos quais, entre as hipóteses previstas, apresenta mais probabilidade a especificada na letra “a”: “Art. 38. O juiz dar-se-á por suspeito e, se o não fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: a) se fôr amigo íntimo ou inimigo de qualquer delas”.

É comum que, no decorrer da carreira militar, façam-se amigos íntimos. Também não se pode excluir a possibilidade das inimizades ao longo do mesmo trajeto.

O perito tem, além de questões morais, o dever legal de se declarar suspeito, e esse impositivo não pode ser desprezado pelos encarregados, já que sua inobservância poderá resultar, entre outras consequências no processo, na recusa do laudo.

É manifesto que aplicar-se-á a suspeição mesmo nos casos em que haja um único perito, e é preciso que os desconfortos trazidos por esse inconveniente administrativo também sejam superados de maneira inequívoca, para que não haja repercussão negativa no procedimento judicial.

Evidente que a recusa deve ser justificada, e cuidou o legislador de descrever o encargo de perito como obrigatório e repercutir a recusa, se julgada irrelevante após apreciação do juiz (artigo 49 do CPPM), como penalidade de multa variando de três dias de vencimento até metade do salário-mínimo do país (artigo 50 do CPPM).

Cabe também ressaltar, que o Código de Processo Penal Comum também expressa que estará sujeito à disciplina judiciária o perito ainda que não oficial (artigo 275). Perceba que o legislador não fala em perito *ad hoc*, deixando claro que o perito militar também estará sujeito.

Imprescindível notar que no tema em apreço, a norma está cuidando do princípio constitucional do devido processo legal, zelando pela imparcialidade do procedimento e pela busca do real significado da justiça.

## 7 DO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DO LAUDO

A partir de 1994, o prazo para elaboração do laudo (determinado pelo parágrafo único do artigo 160 do Código de Processo Penal) passou a ser de dez dias e permitiu ainda que este seja prorrogado a requerimento dos peritos, mas apenas em casos excepcionais.

Diferentemente, o Código de Processo Penal Castrense, em seu artigo 325, não estabelece número de dias para apresentação do laudo, está expresso que será dado prazo razoável, também permitida sua prorrogação.

É sabido que o estabelecimento da diagnose diferencial não é realizado de maneira isolada, depende de uma série de exames complementares, como por exemplo, os laboratoriais e outras análises que demandam certo tempo.

A subjetividade do prazo determinado pelo CPPM também pode trazer alguns prejuízos, já que a antecipação desse “prazo razoável” resultará em um laudo desprovido de informações de extrema relevância ao processo, uma vez que o perito somente poderá confeccionar seu laudo com mais precisão, com as informações oriundas das diversas fontes retro descritas.

O acúmulo de exames efetuados, aliado ao reduzido efetivo, também são fatores que interferem no tempo de confecção dos pareceres, e é importante que o perito tenha guardado o recurso legal da prorrogação de prazo.

Além disso, deve-se considerar que, diferentemente dos peritos oficiais, exclusivamente voltados à atividade pericial, os peritos castrenses são, antes de tudo, militares e estão sujeitos às diversas atividades das Unidades à que estão vinculados, como administrar o tempo da rotina militar juntamente com a confecção dos laudos.

É imprescindível que a Polícia Judiciária Militar se preocupe com as condições de trabalho dos peritos castrenses e cuide de preservar o pronto atendimento dos prazos, mas principalmente da qualidade do trabalho pericial.

Por fim, entende-se que a determinação formal do número de dias para apresentação de um trabalho não é a melhor alternativa; salienta-se que o perito sempre procura confeccionar o laudo o mais rápido possível, e é plausível que os responsáveis pela cobrança dos prazos verifiquem os reais motivos pelos quais o laudo não chegou ao processo, pois concluirão, muitas vezes, que foi pela absoluta falta de tempo.

## 8 CONCLUSÃO

A perícia criminal no Brasil ainda tem muito para evoluir, e é indiscutível seu papel técnico para a justiça penal.

Para cumprimento dessa importante atividade, observou-se a opção do legislador por fornecer ao perito oficial a competência para os crimes comuns, bem como, ao perito militar para os crimes militares.

Além disso, foi possível entender que, na ausência de qualquer desses titulares, há autorização para realização do levantamento de local de crime por perito *ad hoc*, e é impositivo o requisito da formação em nível superior.

Não há objeções para que o perito militar seja nomeado como *ad hoc*, para realizar levantamento nos locais de crimes comuns, desde que este atenda ao requisito legal mínimo, qual seja, o de possuir diploma de curso superior.

Embora as Forças Armadas ainda não possuam um Instituto Nacional voltado para perícia criminal, é possível imaginar um estudo para estruturar a Polícia Judiciária Militar com a finalidade de suprir a necessidade da realização de exames periciais da justiça militar.

Uma possível medida seria a fundação de Delegacias de Polícia Judiciária Militar permanentes para apuração e embasamento dos Inquéritos Policiais Militares, a exemplo do que já ocorre em algumas operações de garantia da lei e da ordem, em comunidades do Rio de Janeiro, e também como ocorreu nos eventos da Copa do Mundo e Olimpíadas.

São inúmeros os desafios da Perícia Criminal no Brasil, sobretudo da Perícia Criminal Militar, que carece de melhor estruturação para se

aprimorar e contribuir melhor com o curso das investigações criminais militares.

É raro encontrar na doutrina informações a respeito do ramo debatido, sendo de suma importância assumir a responsabilidade para um debate amplo do trabalho realizado, pois somente assim será possível aperfeiçoar a perícia criminal militar que, evidente, ainda há muito a evoluir.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lino Leite de. Manual de perícias em acidentes de trânsito. Millennium Editora, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Brasília, DF < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF, 3 out. 1969. Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

DOREA, Luiz Eduardo Carvalho; STUMVOLL, Victor Paulo; QUINTELA, Victor. Criminalística. Millennium Editora, 2010.

ESCOLA DE INSTRUÇÃO ESPECIALIZADA. Curso de Perícia e Investigação Criminal Militar Para Praças. Rio de Janeiro: EsIE, 2018. Disponível em: <<http://www.esie.eb.mil.br/cursos/cursos-para-pracas/97-pericia-e-investigacao-criminal-militar-para-pracas>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

ESPINDULA, Alberi. Perícia Criminal e Cível: uma visão para peritos e usuários da perícia. Millennium Editora, 2009.

GORRILHAS, Luciano Moreira; BRITTO, Cláudia Aguiar. A polícia judiciária militar e seus desafios: aspectos teóricos e práticos. Núria Fabris Editora, 2016.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. Sinopse Estatística da Educação Superior 2016. Brasília: Inep, 2017. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/basicas-censo-escolar-sinopse-sinopse>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

REIS, Albani Borges dos. Metodologia científica e perícia criminal. Millennium Editora, 2005.

SANTIAGO, Elizeu. Criminalística comentada: exposição e comentários de temas periciais e assuntos correlatos: questões polêmicas: temas controvertidos. Millennium Editora, 2014.

# 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 purpose of this work is to evidence the legal provisions intended to the Military Court System during war and the procedures of military crime proceedings within the same period. In this sense, the *conditio sine qua non* is the existence of a state of war and the practice of military crime during wartime occurred in the battlefields or in Brazilian territory militarily occupied by Brazilian troops. The logic driving the process, during this exceptional period, is the concentration of legal proceedings, which results in an accelerated action, and the possibility of restricting constitutional guarantees by virtue of the abnormal period, for instance, the limited resources. Moreover, the authorities forming part of the “procedural dynamics” shall work together with the military; therefore, a new structure specifically planned for this period takes place. Discussing this topic is of utmost relevance even to waive, at present times, the application of such provisions to other extraordinary situations that are limited to internal conflicts or frameworks, such as the severe disturbance that gives rise to correspondingly extraordinary measures, as the federal intervention in a Member-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 A 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 guerra<sup>1</sup>.

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 espalha 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 Roma<sup>2</sup>).

Não há previsão de Justiça Militar estadual em tempo de guerra, mesmo porque eventuais crimes militares em tempo de guerra serão 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”<sup>3</sup> – ou em território estrangeiro, militarmente ocupados por forças brasileiras, assim como tem por realidade que essa Justiça Militar acompanhará as tropas do Brasil<sup>4</sup>.

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 País<sup>5</sup>.

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 a segurança do País e se for relacionado com a própria guerra<sup>6</sup>; 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 excepcional<sup>7</sup>. 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;
- 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 suspensas<sup>8</sup>.

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 sucessivo<sup>9</sup>.

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 anos<sup>10</sup>.

### **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<sup>11</sup>. 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 guerra, compreendido como a prática de ato de violência “deliberadamente usados por um Estado, por meio de sua força armada, contra outro Estado. [...]”<sup>12</sup>. 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.

Finda o estado de guerra – quando cessará a aplicação do Direito Castrense em tempo de guerra, resguardada a ultratividade da lei penal militar nesse período como lei excepcional –, também, 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 no campo de batalha, no teatro de operações, poderá haver a 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 hostilidades<sup>13</sup>.

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 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)<sup>15</sup>. 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 ocorrendo a guerra; em qualquer lugar, somente se afetar a segurança do País e se forem relacionados com a própria guerra<sup>16</sup>.

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-Audidores.

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 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 Pública 17.

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 – é a de que, embora a função de nomear seja do presidente da República, deve haver uma indicação da Instituição respectiva<sup>18</sup>.

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”<sup>19</sup>.

Para o funcionamento da secretaria do Conselho Superior de Justiça Militar, seu presidente requisitará o efetivo necessário ao Ministro da Defesa. A lei fala em 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.

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 militar<sup>20</sup>.

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 merecedores 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 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 *paribus indicantur*, não existente em tempo de paz em primeira instância<sup>21</sup>.

Pelo art. 685 do CPPM, a nomeação dos juizes 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)<sup>22</sup>. 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 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 regem 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, não havendo 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 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 híidas, 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 procedimento<sup>24</sup>, 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 suscitados, serão resolvidos, 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, 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-generais (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 absoluta<sup>25</sup>, 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)<sup>26</sup>.

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), tratando-se dos de declaração, de nulidade e 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). Junto 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 ofício<sup>27</sup> (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. 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.

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 CPMM).

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, tendo por 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 disciplinar<sup>28</sup>.

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 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).<sup>29</sup>

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.

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 proteção<sup>30</sup>.

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”<sup>31</sup>. Exclui-se, 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 declaração<sup>32</sup>. 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 estrangeira<sup>33</sup>.

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 sentença<sup>34</sup>. 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 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)<sup>35</sup>.

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 Teixeira<sup>36</sup>, 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 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 anterior<sup>37</sup>, 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 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.

## 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. 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](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](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..



Artigos de grande repercussão



# Você já reparou como tem gente que adora bandido no Brasil? É uma coisa impressionante!

**Rodrigo Merli Antunes**

Promotor de Justiça em Guarulhos(SP)

Artigo publicado na Folha de S. Paulo

Você já reparou como tem gente que adora bandido no Brasil? É uma coisa impressionante! E o pior é que o número de bandidólatras só vêm aumentando. Aquilo que, no passado, parecia ser característica de apenas meia dúzia, hoje já atinge grande parte de nossa população. Basta ver que adultos e crianças estão pedindo autógrafos para o goleiro Bruno; que o Congresso Nacional está votando um projeto de lei para soltar vários presos imediatamente (assim que os presídios atingirem o seu número de vagas); e basta ver que gente do próprio povo está agora colocando em dúvida as condenações do Mensalão e da Lava Jato somente por conta de um esclarecimento da Polícia Federal na investigação denominada Carne Fraca.

Consoante já dito em outras oportunidades, a inversão de valores é evidente. Definitivamente, daqui a pouco o poste vai mesmo fazer xixi no cachorro e não o contrário. Mas o pior são os argumentos que muitos se utilizam para defender os culpados. E eu, há quase 14 anos atuando no Tribunal do Júri, não aguento mais ouvir tanta impropriedade! Vou trazer à tona apenas dois argumentos comumente utilizados a favor dos bandidos (e que são extremamente pífios), mas que, curiosamente, parecem ser aqueles que ainda impressionam muitos desavisados. O primeiro deles é a afirmação de que os infratores da lei são vítimas da sociedade. Como sabido, tal raciocínio parte da premissa do filósofo suíço Jean-Jacques Rousseau, esta no sentido do ser humano ser originariamente incorruptível, se tornando eventualmente mau por conta exclusiva das pessoas e do meio social que o cercam. Entretanto, parece que Rousseau nunca leu a Bíblia! Ora, o ser humano não é originariamente bom. A verdade é exatamente o contrário. Ele já

nasce corrompido e separado de Deus. Basta lermos as Escrituras Sagradas. No entanto, para aqueles que são ateus, ou então para os que professam outra religião, é fato que nem precisam verificar a Bíblia. Busquem as obras do filósofo inglês Thomas Hobbes (em especial “Leviatã”), que descobrirão que, por outros inúmeros argumentos, ele também chega bem próximo dessa tal afirmação. Se também não gostarem de Hobbes, basta utilizarem o pragmatismo e observarem o mundo ao nosso redor. Se qualquer pessoa não for devidamente educada e doutrinada por seus pais, pelos professores e pela própria sociedade, fatalmente não se tornará alguém virtuoso e efetivamente bom. Aliás, se não educados rapidamente, os próprios bebês (que não têm contato imediato com a sociedade) só saberão chorar, gritar, bater, morder etc. E isso é ser naturalmente bom? Creio que não. A sociedade não corrompe ninguém. O criminoso é malvado por conta de sua própria natureza e/ou de suas próprias escolhas. Muitos estão submetidos às mesmas condições sociais e econômicas daqueles que cometem crimes. No entanto, nem por isso optam pelo mesmo caminho. Mas o contra-argumento principal é ainda outro: Se a sociedade é tão ruim assim, a ponto de fazer a pessoa virar um criminoso, então por que este último insiste tanto em continuar no meio daquela? Ora, se a verdadeira vítima é o criminoso, por que ele quer permanecer no seio da sociedade que tanto lhe corrompe? O óbvio seria o coitadinho do bandido querer ficar longe de quem lhe faz mal, não? Alguém já viu uma pessoa gostar de conviver com seu algoz? Eu nunca vi. Há mais de uma década lidando com assassinos nos meus processos, nunca vi um único réu querer ficar bem pertinho dos seus semelhantes na cadeia. Sempre querem ficar em liberdade, e justamente com a sociedade que eles dizem que tanto lhes faz mal. Tem algum sentido isso? Claro que não. Evidente, portanto, que o bandido não é vítima da sociedade coisa nenhuma, sendo tal discurso mais um lugar comum de oradores medíocres e que sempre gostam de se dirigir a uma plateia de beócios. E o que dizer então do segundo argumento bastante utilizado pelos bandidólatras? Esse é pior ainda: as prisões brasileiras não recuperam ninguém, sendo melhor deixar o bandido na rua. Meu Deus! Como é difícil não se irritar com essa afirmação!

A finalidade primordial da prisão não é ressocializar, mas sim proteger os outros cidadãos de bem. Prisão é castigo para o criminoso e exemplo para as demais pessoas, as quais ficarão inibidas de praticar ato semelhante, sob pena de também perderem as suas respectivas liberdades. Ressocialização é outra coisa! Se conseguirmos ressocializar o preso melhor, mas, se não for possível, nem por isso a prisão deverá ser descartada. Antes o bandido sair de circulação por algum tempo, deixando a sociedade minimamente protegida, do que não protegê-la por tempo nenhum, permitindo ao criminoso continuar nas ruas cometendo seus crimes. Isso me parece tão lógico que custo a acreditar que pessoas ainda pensem o contrário. Aliás, essa estória de ressocialização merece diversas ressalvas. Impossível ressocializar alguém que muitas vezes nunca foi socializado. Estudos recentes demonstram que a grande massa da população carcerária brasileira é composta por psicopatas de diferentes classificações. E, é fato, já ouvi em sala de aula de um psiquiatra forense bastante renomado que, com psicopatas, o correto seria colocá-los na prisão, trancá-los e depois jogar as chaves fora. São irre recuperáveis. O leitor acha que o índice de reincidência no Brasil é bastante alto (70%) por conta das condições dos cárceres brasileiros? Acredita que é isso que faz com que o egresso volte a delinquir? Pois então ouse dizer que você está errado. As condições dos cárceres não interferem diretamente nisso. Nos EUA, os índices de reincidência são praticamente os mesmos que no Brasil. Lá, onde os presídios são ideais e bem diferentes dos nossos, os índices de reincidência são superiores a 50% já no primeiro ano da soltura dos réus, chegando a atingir mais de 65% até o quinto ano da liberdade dos presos. Alguma grande diferença com o Brasil? Evidentemente, não! Nesse passo, resulta claro que as condições das prisões brasileiras não são determinantes para estes índices, o que torna a ideologia do desencarceramento algo completamente equivocado. É tanta falácia e mentira juntas que exatamente por isso dei o título acima para o presente artigo. Este mundo está perdido. Ele não pertence a Deus. O livro de João diz que o diabo sempre foi assassino e pai da mentira, e basta notar o que vem reinando em nosso país: mortes de inocentes, engodos de “especialistas” e desencarceramento de gente perigosa. Alguma semelhança

com o chifrudo? Os argumentos atualmente difundidos pelos bandidólatras de plantão são exatamente aquilo que o falecido Desembargador Paulista Volney Correa de Moraes já dizia: não passam de pastéis de feira (são grandes, vistosos e parecem suculentos, mas, à primeira mordida, revelam conter apenas um bafo quente e um nadinha de carne sebácea). Creio que ele estava certo. Garantismo nos olhos dos outros é refresco. Ser bandidólatra na teoria é fácil e vende vários livros (dá dinheiro). Mas, quero ver é na prática. Será que alguns desses “especialistas” gostaria de adotar um bandido? Tirar da cadeia é mole. Mas levar para a casa eles não querem, né?

# Senhor Juiz

**Eugenio Amorim**  
Promotor de Justiça

Artigo publicado no Jornal NH

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito:

A Brigada Militar e a Polícia Civil, como de resto os demais órgãos de segurança pública, são compostos de uma imensa numerosidade de homens e mulheres honrados, que idealizam uma sociedade pacata, onde as pessoas possam viver em paz e sem desconfiças, onde tenham assegurado o direito sagrado de ir e vir sem sobressaltos e medos, membros estes, em especial os menos graduados, que sofrem os efeitos de uma remuneração indigna, do desrespeito profissional e pessoal por muitos da sociedade, inclusive autoridades institucionais, e, por fim, consigne-se que estes heróis das ruas têm família como todos nós, cônjuges, filhos, pais, irmãos, e dependem de trabalho, força e coragem hercúleas para policiar as ruas e capturar marginais, efetuar prisões em flagrante, muitas, mas muitas mesmo das vezes, entregando-se a tiroteios contra armamento pesado e bandidos vazios de senso moral, com inúmeros casos de ferimentos e mortes no cumprimento do dever.

Estes policiais, senhor Juiz, não trabalham em um gabinete acarpetado, com split, bons computadores, inúmeros assessores e estagiários, como, com muita justiça, é o ambiente laboral de Vossa Excelência. Eles, os policiais, quando estão de folga, e não estão complementando a renda miserável, não se divertem nas mais luxuosas casas noturnas, ou comem e bebem nos melhores restaurantes, não andam em suntuosas e caras camionetes importadas e tampouco têm seus filhos na melhor escola particular da cidade.

Não, senhor Magistrado! Eles tentam esquecer a neurose do dia a dia e dar um pouco de atenção à família. Tomam sua cerveja com os amigos, em

casa ou na associação, jogam sua bolinha, assam um vazio ou uma costela, e seus filhos estudam na insegura escola pública. Eles, inclusive, moram bem próximos dos bandidos que prendem e às vezes têm que esconder a farda, como se eles fossem os marginais.

Estes são os fatos! Agora o requerimento!

Meritíssimo: Queremos mais consideração e respeito com o trabalho e os seres humanos antes descritos, se não é possível que se tenham estes sentimentos em relação à sociedade e a todas as pessoas que clamam pela repressão penal legal!

Lembre-se que suportamos um número de 60 mil homicídios ao ano, com cerca de 13% das mortes violentas dolosas mundiais, e temos neste quadro vários países em guerras declaradas. Além disso, os assaltantes, os mais beneficiados, estão tomando as ruas, aumentando por demais os índices de assaltos e latrocínios.

É bom recordar, ainda, nobre e culto Juiz, que o senhor não é legislador, não tendo sido eleito parlamentar pelas vias democráticas, e que toda vez que Vossa Excelência determina o desmanche de todo o trabalho policial, pondo de volta nas ruas um marginal repleto de antecedentes e condenações, com base em uma interpretação aberrante da lei, que é, em última análise, o inverso do dever – o Juiz descumprindo a legislação ao invés de fazê-la valer –, o senhor trai todos os seus juramentos legais e morais, despertando na sociedade um senso de descrença e desrespeito à sua instituição, que é ainda, pela imensa maioria de seus membros, uma das mais honradas e confiáveis deste país barco à deriva.

Ah, só mais uma coisa: por favor não repita para nós todos a estória de que soltou porque a lei determinou, que a culpa é dos políticos que fazem a lei. Não, senhor! Todos já sabemos que este discurso não é verdadeiro! A mesma lei pode ter diversas interpretações, conforme a sorte da distribuição do processo a um ou outro órgão judicial. Muito feio isso!

Não esqueça, portanto, Senhor Magistrado, doutor de belas palavras e discursos, e defira nosso pedido humilde e respeitoso: Cumpra a lei penal!

# Iniciação científica



# Quem vigia os vigilantes: o uso da força por parte do Conselho de Segurança

**Lucas de Carvalho Moreira**

Estudante de Direito

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo indagar se, quando invocada a excepcionalidade do uso da força, as decisões do Conselho de Segurança têm sido baseadas no Direito Internacional. O fato do monopólio do uso da força de forma legalizada se encontrar nas mãos do Conselho de Segurança, aliado ao fato deste não responder a nenhum órgão, gera um verdadeiro questionamento se o uso dessa força se encontra em conformidade com o Direito. A pesquisa objetiva explorar essa questão, procurando entender as bases das decisões do Conselho e as discussões que o levem a tomar alguma decisão considerada extrema, com base no Capítulo VII da Carta da ONU, na esfera de diferentes períodos históricos e em face de tensões políticas distintas. No primeiro capítulo, examinam-se algumas das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, desde o seu surgimento. Dessa observação, a natureza política das motivações do referido órgão resulta clara, como se pretende demonstrar. Por fim, procura-se examinar a efetividade dos mecanismos de uso da força. No segundo capítulo, cuida-se de observar casos concretos da aplicação excepcional do uso da força, tais como os que tratam as resoluções de números 666 e 1267, da invasão do Iraque ao Kuwait e do Comitê de Sanções à Al-Qaeda e ao Taliban, respectivamente. O objetivo, aqui, é compreender as consequências das decisões do Conselho de Segurança autorizadoras do uso da força sobre a ordem jurídica internacional.

**PALAVRAS-CHAVES:** Conselho de Segurança. Uso da força. ONU. Direito Internacional. Política. Carta da ONU. Capítulo VII.

## ENGLISH

**TITLE:** Who watches the watchmen: the use of force by the Security Council.

**ABSTRACT:** The present work aims to verify if when invoked the exceptionality of the use of force the decisions of the Security Council are based on International Law. The fact that the monopoly of the legal use of force is in the hands of the Security Council, allied to the fact that this committee do not answer to any other organ, leads to a true questioning if this use of force is according to any legal patterns. This research objective is to explore this inquiry, looking to understand the bases of the Security Council's decisions and the discussions that may lead the Council to take any extreme decision, based on Chapter VII of the UN Charter, throughout different historical periods and facing different political tensions. Explained in the first chapter some resolutions of the United Nations Security Council are examined, since it came to be. From this analyzes the political motivations of this committee turns clear, as intended to show. Lastly, it is important to examine the efficiency of these mechanisms of use of force. In the second chapter concrete cases of the exceptional appliance of the use of force are explored, such as the issues treated by Resolutions n° 666 and n° 1267, of the Iraqi invasion of Kuwait and the Al-Qaeda and Taliban Sanctions Committee, respectively. The objective here is to comprehend the consequences of the decisions authorizing the use of force taken by the Council over the International Law.

**KEYWORDS:** Security Council. Use of force. UN. International Law. Politics. UN Charter. Chapter VII.

## SUMÁRIO

1 Introdução (p. 3) – 2 A base política das decisões do Conselho e o distanciamento de uma base jurídica (p. 5) – 2.1 O uso da força na Carta da ONU (p. 6) – 2.2 Contexto das decisões do Conselho durante a Guerra Fria (p. 8) – 2.3 Natureza das decisões no pós-guerra fria (p. 13) – 3 Caso exemplificativos sobre o uso da força frente ao direito internacional (p. 17) – 3.1 O Iraque e prejudicialidade aos direitos básicos pelo uso de sanções econômicas (p. 18) – 3.2 O comitê de sanções à Al-Qaeda e o devido processo legal (p. 22) – 4 Conclusão (p. 26).

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo indagar se, quando autorizado o uso da força, em caráter excepcional, as decisões do Conselho de Segurança têm sido baseadas no Direito Internacional. O fato do monopólio do uso da força de forma legalizada se encontrar nas mãos do Conselho de Segurança e o fato deste não responder a um nenhum outro órgão geram um verdadeiro questionamento se o uso dessa força se encontra em conformidade com padrões jurídicos do âmbito internacional.

A pesquisa visa explorar esse questionamento, comparando as bases das decisões do Conselho em diferentes momentos históricos e analisando casos chaves, procurando verificar em que medida o Conselho se baseia na lei internacional. Ainda que a Corte Internacional de Justiça seja o órgão competente para proferir decisões sobre o Direito Internacional, é importante explorar até que ponto o Conselho se pauta na lei internacional ou até onde se preocupa mais com as questões políticas envolvidas em suas discussões.

No primeiro capítulo, examinam-se algumas das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, desde o seu surgimento. Dessa

observação, a natureza política das motivações do referido órgão resulta clara, como se pretende demonstrar.

Cabe verificar, ainda, se a real inspiração dos Estados-membros do Conselho vem de bases jurídicas ou políticas, fazendo-se necessário saber se as decisões têm sido submissas às vontades políticas dos agentes atuantes no Conselho ou se estas estão em conformidade com os objetivos estabelecidos pela Carta e, ao mesmo tempo, pautadas no Direito.

No segundo capítulo, procura-se examinar a efetividade do emprego da força armada e de outros métodos coercitivos autorizados pelo Conselho de Segurança. Com a observação de ações já adotadas, busca-se indagar se o órgão se inspirou ou acabou por violar o Direito. Exploram-se exemplos de como certas decisões podem ter desrespeitado direitos de Estados e de pessoas.

Primeiramente, o caso da invasão iraquiana ao Kuwait no ano de 1990, que foi tratada pelo Conselho de Segurança com a aprovação das resoluções de números 660 a 666. Ficou decidido que seriam aplicadas sanções econômicas ao país, procurando desgastar o esforço de guerra do Iraque. Apesar da suspensão de direitos ser algo comum quando do uso da força, o caso demonstra como esse uso, através das sanções, pode ter sido mal calculado, afetando mais inocentes imersos no conflito do que o agente agressor propriamente.

Depois, o caso do Comitê de Sanções aos ligados a Al-Qaeda e ao Talibã, instituído pela Resolução nº 1267 do Conselho. Quando do surgimento desse Comitê, as sanções impostas eram severas e aplicadas a pessoas físicas e jurídicas sem que pudessem ter conhecimento dos motivos das sanções ou mesmo apresentar defesa, o que acabava por ferir o devido processo legal.

A partir da análise dessas situações chave pretende-se confrontar os atos do Conselho com o Direito Internacional. Enfim, o trabalho analisará se o Conselho de Segurança é limitado pela lei internacional ou se, motivado por questões políticas, encontra no Direito Internacional apenas uma ferramenta de justificação.

## 2 A BASE POLÍTICA DAS DECISÕES DO CONSELHO E O DISTANCIAMENTO DE UMA BASE JURÍDICA

Tem sido muito questionado se o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas é um comitê que se respalda na lei internacional. Ainda hoje existe muito a ser discutido quanto os limites do poder do Conselho, os quais deveriam se encontrar em normas de Direito Internacional, principalmente quando da utilização das medidas do Capítulo VII, ou seja, de medidas coercitivas e de uso da força.

Ao Conselho cabe a tarefa de prevenir, no âmbito internacional, o uso da força de forma indevida, sabendo que esse uso só pode ocorrer nos termos autorizados pelo pacto que fundou as Nações Unidas. Com isso compete ao Conselho agir não somente vigiando o uso da força por parte de agentes internacionais, mas também identificando violações aos direitos humanos.

A Carta da ONU especifica no artigo 39, do Capítulo VII, que será o Conselho quem determinará a existência de uma ameaça, sendo o artigo amplo o suficiente para dar a entender que o comitê pode e deve se pautar no Direito Internacional para executar suas prerrogativas:

Artigo 39:

O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os Artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.<sup>1</sup>

Porém, os fatos que motivam as discussões do Conselho não necessariamente gravitam em torno das prerrogativas da Carta ou de preocupações com a observância do Direito Internacional.

---

<sup>1</sup> CARTA das Nações Unidas. São Francisco, 1945. Disponível em: <[http://un-crio.org.br/img/CartadaONU\\_VersoInternet.pdf](http://un-crio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf)>. Acesso em: 26 maio 2016.

Recorrentemente interesses dos Estados integrantes parecem influenciar de maneira a conduzir o poder do Conselho de Segurança, ou direcioná-lo de forma não sustentada pela Carta. O órgão que deveria vigiar o planeta, teoricamente sem amarras diretas de qualquer outro poder, corre perigo de estar utilizando o Direito Internacional, que deveria limitá-lo, como uma mera ferramenta, e colocando agendas estatais particulares em primeiro lugar. Isso traduz interesses nacionais que têm refletido no Conselho desde o momento de sua fundação.

## 2.1 O uso da força na Carta da ONU

É no artigo 42 do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas que se encontra o uso da força de forma legalizada pela ONU, ou seja, de forma que esta demonstração de força no cenário internacional seja decidida pelo único órgão investido de tal poder. Fica explícito no texto do artigo 42, como o uso dessa força é a *ultima ratio* entre as medidas da Carta, ou seja, usado quando todas as outras medidas, coercitivas ou pacíficas, falharem:

### Artigo 42

No caso de o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no Artigo 41 seriam ou demonstraram que são inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos Membros das Nações Unidas.<sup>2</sup>

O fato de tal medida ser final advém de como, ao longo do histórico de guerras dos séculos XIX e XX, os países criavam cada vez mais a consciência de que a construção da paz não dependeria somente do

---

<sup>2</sup> CARTA das Nações Unidas. São Francisco, 1945. Disponível em: <[http://unicef.org.br/img/CartaONU\\_VersoInternet.pdf](http://unicef.org.br/img/CartaONU_VersoInternet.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2016.

cessar de hostilidades, mas igualmente de instigar um ideal cosmopolita de que os povos não seriam inimigos de outros povos, o que se tornaria de tão fundamental importância quanto à falta de uso da força de um contra outro. A violência mundial seria o impedimento para a manutenção da civilidade entre as diferentes pessoas da raça humana e colocaria em cheque sua sobrevivência. A convivência internacional deveria se orientar pela paz e não pela falta de conflito que precede uma nova guerra, cabendo ao Direito Internacional preservar e examinar a paz, bem como regular a guerra para que não ocorram exageros.<sup>3</sup>

Importante observar a preocupação da Carta nesta linha de raciocínio, que, desde que foi estabelecida em 1945, torna não somente a guerra, mas também o uso da força desnecessária, ilícitos:

Artigo 2:

A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:

[...]

4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.<sup>4</sup>

Previstas como formas lícitas de se exercer a força no cenário internacional estão, pela Carta, a legítima defesa, sendo individual ou coletiva, e as medidas tomadas pelo Conselho de Segurança da ONU, apoiadas no Capítulo VII do próprio documento. Ambos os métodos, embora em prol de defesa, são tidos como formas de agressão, conforme

---

<sup>3</sup> CASELLA, Paulo Borba; HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, G. E. do Nascimento e. Manual de direito internacional público. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 871-873

<sup>4</sup> CARTA das Nações Unidas. São Francisco, 1945. Disponível em: <[http://un-crio.org.br/img/CartadaONU\\_VersoInternet.pdf](http://un-crio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2016.

a definição da palavra agressão, advinda da própria Assembleia Geral da ONU, na Resolução nº 3314, de 1974:<sup>5</sup>

Agressão é o uso da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado, ou de qualquer maneira inconsistente com a Carta das Nações Unidas, como estabelecido por essa definição.<sup>6</sup>

O uso da força em casos aprovados e da forma como é exercida pela ONU busca proteger a segurança coletiva mundial. O seu uso em casos de legítima defesa pode ser exercido por um ou por vários Estados, procurando impor o cessar de um ilícito. Ambas as exceções são consideradas extremas frente à ideologia da Carta e merecem melhor análise.

Por um lado, nota-se que, se ocorrer uma situação em que todas as outras medidas menos gravosas falharem e em que o Conselho venha a utilizar a força armada, o Direito ficaria resguardado. Pois, nessa situação, o órgão estaria respeitando seus procedimentos regimentais para usar a força, acordados em tratado entre tantos países e, com isso, inseridos no Direito Internacional. Por outro lado, cabe analisar se as decisões tomadas no sentido do uso da força coercitiva, mesmo que dentro do legalmente permitido, não falham em atender aos ideais da Carta e em seguir o direito consuetudinário internacional.

O Conselho de Segurança das Nações Unidas teve diversos conflitos envolvendo a segurança global ao longo de sua existência, inseridos em sua pauta. Por ser um órgão político, questiona-se se o

---

<sup>5</sup> CASELLA, Paulo Borba; HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, G. E. do Nascimento e. Manual de direito internacional público. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 874-875

<sup>6</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral das Nações Unidas. 3314 (XXIX). Definition of Aggression. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/3314\(XXIX\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314(XXIX))>. Acesso em: 17 de ago. 2016. Tradução nossa.

Conselho atendeu a todos esses conflitos de forma a respeitar e resguardar o Direito Internacional, ou se agiu impulsionado pela política mundial.

## 2.2 Contexto das decisões do Conselho durante a Guerra Fria

Desde que o Conselho de Segurança foi criado pela Carta da ONU, até por volta do início da década de 90 do século passado, há vários episódios que retratam casos em que o abuso do poder de veto de seus membros permanentes – a União das Repúblicas Socialistas soviéticas, os Estados Unidos, o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, a República Francesa e a República Popular da China – pode ter tornado o órgão improdutivo.<sup>7</sup>

Essa tendência se mostrou constante ao longo da era da Guerra Fria. Como exemplo cita-se a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, que registrou cerca de 70 vetos ao longo daqueles anos, bem como é possível citar os Estados Unidos da América, que registraram 61. Ambos os países se utilizaram do veto de forma extremamente relacionada às suas políticas e interesses externos, bem como procuravam utilizá-lo de modo a não afetar ações em suas respectivas áreas de influência. A União Soviética vetou resoluções relacionadas à Revolução Húngara, ocorrida em 1956, à invasão ao território da Checoslováquia em 1968 e às resoluções do ano de 1989 concernentes à invasão ao Afeganistão. Os Estados Unidos, por sua vez, vetaram resoluções relacionadas à invasão de Granada de 1983, enquanto a Guerra do Vietnã sequer chegou a ser objeto de debate no âmbito do Conselho. Ambas as nações também costumavam vetar questões procedimentais, tais como a admissão de novos países como membros nas Nações Unidas, como fez a URSS com a entrada do Japão, por considerá-lo muito imerso na esfera de influência americana, e do mesmo modo fizeram os EUA com a entrada do Vietnã depois do ano de 1975.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> DINSTEIN, Yoram. *War, aggression and self-defence*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 256-258. Tradução nossa.

<sup>8</sup> MCCLEAN, Emma. *Hard evidence: who uses veto in the UN Security Coun-*

A delegação do Reino Unido, país que igualmente possui a prerrogativa do veto, também sempre pareceu exercer esse poder de acordo com seu interesse no cenário global, agindo em questões que envolviam o sul do continente africano, principalmente no que tangia as questões sobre racismo na África do Sul e na antiga Rodésia do Sul. O país geralmente usava seu veto de forma mais próxima da política externa norte-americana do que da francesa. Além disso, costumava vetar resoluções relacionadas à independência da Namíbia.<sup>9</sup>

Assim, os exemplos acima demonstram que por diversas vezes o uso do poder de certos países conseguiu impedir o amplo exercer das prerrogativas do Conselho de Segurança. O uso exagerado do veto, pautado por motivos claramente políticos e não pela preocupação com as normas do Direito Internacional, esclarece como até mesmo o poder do Conselho sofria limitações. Durante o período da Guerra Fria, o uso do veto seguiu um histórico de claras rivalidades e perseguições de interesses nacionais evidentes.<sup>10</sup> Poucos foram os casos de verdadeiro reconhecimento da quebra da paz e da segurança mundial ao longo daquela era. Houve situações em que medidas menos severas foram tomadas e estiveram em ordem sanções mandatórias costumeiramente aprovadas antes do uso do poder de agressão. Destas somente tiveram votação bem-sucedida as dos casos da Rodésia (1966), quando foi aprovado um embargo comercial; e da África do Sul (1977), quando da aprovação de um embargo de armas. Destacam-se dois casos em que o Conselho reconheceu o uso injustificado da força e tomou medidas no mesmo sentido procurando cessar hostilidade: em 1950 e em 1987, correspondendo a resoluções aprovadas nas situações da

---

cil most often – and for what? Disponível em: <<http://theconversation.com/hard-evidence-who-uses-veto-in-the-un-security-council-most-often-and-for-what-29907>>. Acesso em: 26 maio 2016. Tradução nossa.

<sup>9</sup> MCCLEAN, Emma. Hard evidence: who uses veto in the UN Security Council most often – and for what? Disponível em: <<http://theconversation.com/hard-evidence-who-uses-veto-in-the-un-security-council-most-often-and-for-what-29907>>. Acesso em: 26 maio 2016. Tradução nossa.

<sup>10</sup> Ibidem.

Guerra da Coréia e na Guerra entre o Irã e o Iraque, respectivamente.<sup>11</sup> Nos dois casos pode-se observar que ocorreu uma extrema pressão política em cada situação. O primeiro exemplo inclui grande pressão política interna no Conselho, enquanto o segundo enquadra a negligência da ONU quanto a um conflito.

Um exemplo da dificuldade de aprovação de intervenção se encontra em um caso do ano de 1950, o do conflito na península coreana. Muitos interesses nacionais estariam amarrados a esse conflito, pois uma coalizão da ONU precisaria ser obrigatoriamente liderada por um ou outro país. Cabe apontar que a coalizão que interferiu nesse conflito só chegou a ser aprovada pelo motivo da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas não estar presente quando da aprovação da intervenção, devido a um boicote às reuniões que estava realizando na época, objetivando o não reconhecimento da delegação chinesa no Conselho, uma vez que esta correspondia ao governo de Taiwan e não ao governo comunista da China. Foi aprovada, então, uma coalizão para proteger a Coréia do Sul, liderada por comando norte-americano.<sup>12</sup>

Na época, os diplomatas soviéticos deixaram claro que enquanto o assento permanente no Conselho não fosse dado ao governo comunista de Pequim, a União Soviética não estaria presente nas reuniões. O governo soviético esperava que o Conselho não pudesse tomar ação alguma sem sua presença, com base no artigo 27, parágrafo 3º, da Carta das Nações Unidas, em que é apontada a necessidade dos votos dos membros permanentes:<sup>13</sup>

Artigo 27:

3. As decisões do Conselho de Segurança, em todos os outros assuntos, serão tomadas pelo voto afirmativo

---

<sup>11</sup> DINSTEIN, Yoram. War, aggression and self-defence. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 256-258. Tradução nossa.

<sup>12</sup> DINSTEIN, Yoram. War, aggression and self-defence. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 256-258. Tradução nossa.

<sup>13</sup> TOMUSCHAT, Christian. Uniting for peace, 2008. Disponível em: <[http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ufp/ufp\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ufp/ufp_e.pdf)>. Acesso em: 4 jun. 2016. Tradução nossa.

de nove membros, inclusive os votos afirmativos de todos os membros permanentes, ficando estabelecido que, nas decisões previstas no Capítulo VI e no parágrafo 3 do Artigo 52, aquele que for parte em uma controvérsia se absterá de votar.<sup>14</sup>

Porém, o entendimento do Conselho era de que a falta de qualquer delegação não poderia impedir que o principal órgão que trabalha em face da segurança mundial agisse da forma devida, entendimento esse igualmente adotado pela Corte Internacional de Justiça posteriormente.<sup>15</sup> A Corte declarou, com base nessa experiência, em parecer de 21 de junho de 1971, que um membro do Conselho não poderá deixar claro que é contra certa resolução quando não se faz presente em uma sessão, e que somente fará isso quando der seu voto contrário ao que está sendo decidido. Esse entendimento já era seguido pelo Conselho, levando a Corte ao esclarecimento dessa regra de forma jurisprudencial.<sup>16</sup>

O conflito da Guerra da Coréia começou devido ao fato da península ter passado para o controle conjunto dos americanos e dos soviéticos no final da Segunda Guerra Mundial. Ao longo do paralelo 38° as tensões prosseguiram até junho de 1950, quando o lado norte lançou um ataque armado contra o lado sul.<sup>17</sup> A Resolução nº 84, de 7 de julho de 1950, reconheceu a quebra da paz por parte da Coréia do Norte e pediu a todos os países-membros das Nações Unidas que fornecessem forças militares para uma coalizão liderada pelos Estados Unidos, essa que utilizaria a bandeira da ONU.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> CARTA das Nações Unidas. São Francisco, 1945. Disponível em: <[http://uni-crio.org.br/img/CartadaONU\\_VersoInternet.pdf](http://uni-crio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf)>. Acesso em: 26 maio 2016.

<sup>15</sup> Ibidem

<sup>16</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970): Advisory opinion of 21 June 1971. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/53/5595.pdf>> Acesso em: 6 set. 2016. Tradução nossa.

<sup>17</sup> AUSTRALIAN WAR MEMORIAL. Korean War, 1950-53. Camberra. Disponível em: <<https://www.awm.gov.au/atwar/korea/>>. Acesso em: 4 jun. 2016.. Tradução nossa.

<sup>18</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança das Nações

A decisão de intervenção militar ao longo dos anos da Guerra Fria sempre foi considerada uma medida radical, no sentido de que essa poderia agravar a instabilidade que o mundo enfrentava na época. Esse tipo de intervenção em uma área de clara tensão entre os sistemas capitalista e comunista poderia ser uma decisão mais grave ainda. Porém, com a falta de uma potência para votar as resoluções do Conselho, o envio de uma coalizão militar à península coreana ocorreu de qualquer maneira. Pode-se observar, do ponto de vista da prática natural do Conselho de Segurança, que a falta da União Soviética, nação com poder de veto que poderia exercer sua escolha com base em uma política de antagonismo a outros agentes do Conselho, realmente proporcionou ao órgão uma oportunidade de funcionamento que não era comum na época, visto o impasse gerado pelas disputas políticas características da Guerra Fria.

Do ponto de vista da Carta da ONU, por outro lado, a decisão da aprovação da coalizão foi tomada fora dos moldes originalmente previstos pelo artigo 27, somente remetendo-se a um entendimento jurídico para que os atos do Conselho pudessem ser exercidos. Talvez fosse a intenção original da Carta que houvesse tal embate de ideologias no sistema de decisão do Conselho, mas não haveria como prever que o mundo mergulharia em tantos conflitos que necessitassem das prerrogativas do Conselho, nem que esse se encontraria em constante impasse.

Outro caso foi o que ocorreu em 1987, durante o conflito que eclodiu entre o Irã e o Iraque, em que se viu muita dificuldade do Conselho em aplicar medidas de uso da força e igual dificuldade em usar medidas como a do cessar fogo, visto que o conflito perdurou por anos antes que o comitê agisse. O caso se torna exemplificativo de como os entraves da época impediam que o Conselho tomasse medidas de acordo com sua tarefa, qual seja a da manutenção da paz e da segurança mundiais. Nessa situação,

---

Unidas. Resolution nº 84 (1950). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/84\(1950\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/84(1950))>. Acesso em: 4 jun. 2016. Tradução nossa.

o Conselho ordenou o fim das hostilidades que ocorriam por sete anos, sem identificar o agressor original.

Após quase uma década de continuidade do conflito, o Conselho adotou a Resolução nº 598, de 20 de julho de 1987. Cláusulas do preâmbulo somente determinavam que havia uma quebra da paz entre as duas nações e reafirmavam medidas de descontinuidade do conflito e a necessidade de realização de um acordo entre os beligerantes. As cláusulas operativas, por sua vez, ordenavam que fossem libertos prisioneiros de guerra, que houvesse o início de discussões formais para algum acordo e que fosse implementado um imediato cessar fogo.<sup>19</sup> A única forma de intervenção escolhida pelo Conselho no caso em tela, foi o envio de um grupo de observação e acompanhamento do cessar fogo, uma missão chamada UNIIMOG (*United Nations Iran-Iraq Military Observer Group* - Grupo de Observadores Militares das Nações Unidas para Irã e Iraque), que consistia em um time de inspeção militar que vigiaria tanto as medidas da resolução quanto a retirada de tropas.<sup>20</sup>

De algum modo o Conselho de Segurança não só era marcado por questões políticas, como por questões que aparentavam estar fora da esfera do conflito indireto entre os interesses dos membros com poder de veto, que pareciam passar despercebidos. O conflito do exemplo acima perdurou por tanto tempo que, quando o Conselho resolveu tomar alguma atitude, este optou por não identificar o agressor original e nem mesmo por interferir utilizando a força conferida ao órgão.

A bipolarização do contexto geopolítico global estaria guiando as agendas de discussão do Conselho já desde muito tempo, causando verdadeira negligência para com o mandato de fato conferido originalmente

---

<sup>19</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança das Nações Unidas. Resolução nº 598 (1987). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/598\(1987\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/598(1987))>. Acesso em: 5 jun. 2016. Tradução nossa.

<sup>20</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Iran-Iraq UNIIMOG - Background. Nova York, 2003. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/uniimogbackgr.html>>. Acesso em: 5 jun. 2016. Tradução nossa.

pela Carta, tornando difícil esclarecer se as prerrogativas e a atuação do Conselho teriam um respaldo jurídico no âmbito global. Enquanto a ideia do comitê era aceita no campo do Direito Internacional, as ações deste eram tomadas somente em função de interesses do âmbito doméstico de um ou outro país, interesses que eram refletidos no âmbito mundial.

### 2.3 A Natureza das decisões no pós-guerra fria

A paralisia sofrida pelo Conselho tinha um caráter de disputa política clara que interferia, de qualquer maneira, em suas resoluções. Durante todos os anos da Guerra Fria, poucas resoluções de fato foram aprovadas, ainda menos aquelas relacionadas ao Capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Ao final desse período, os números cresceram de forma expressiva: vinte resoluções foram acordadas em 1989, sendo trinta e sete em 1990; quarenta e duas em 1991; setenta e quatro em 1992; e noventa e três em 1993.<sup>21</sup>

Para C. Joy Gordon, o início dos anos 90 trouxe uma mudança de paradigmas globais que afetaria completamente o Conselho de Segurança. Com o final da Guerra Fria, devido à queda da União Soviética, o ativismo do Conselho aumentaria. Visto que, pela primeira vez, poder-se-ia utilizar totalmente dos mecanismos conferidos pelo Capítulo VII da carta, já que havia maior consenso, ainda sendo preciso superar a falta de prática relacionada às décadas anteriores.<sup>22</sup>

Em sua análise sobre o Conselho frente aos direitos humanos, David P. Forsythe aponta que embora o processo de ação do Conselho de Segurança

---

<sup>21</sup> MANUSAMA, apud GORDON, C. Joy. The sword of Damocles: revisiting the question of whether the United Nations Security Council is bound by international law, *Chicago Journal of International Law*, Chicago, v. 12. n. 2, p. 605-645, 2012. p. 606, Tradução nossa.

<sup>22</sup> GORDON, C. Joy. The sword of Damocles: revisiting the question of whether the United Nations Security Council is bound by international law, *Chicago Journal of International Law*, Chicago, v. 12. n. 2, p. 605-645, 2012. p. 606, Tradução nossa.

tenha perdido um de seus grandes entraves com o advento da verdadeira multipolaridade global, ainda se verifica uma extrema dependência política para que ele tome ações de fato. Há inclusive debates sobre uma nova polarização de interesses entre os cinco membros permanentes do Conselho, estando de um lado as chamadas potências ocidentais, Estados Unidos da América, Reino Unido e França, em oposição à Rússia e à China. De alguma forma, o ativismo do Conselho, a partir de 1992, passou a incomodar um dos lados sempre, enquanto era entendido que alguma operação de paz poderia beneficiar os interesses das potências ocidentais, por exemplo.<sup>23</sup> Existem exemplos de choques de uso de influência política, em que é possível inferir que o antagonismo no Conselho não diminuiu, mas sim, diversificou-se.

Já foram registrados vetos por parte da Rússia e da China, como em 2007 e 2008, nos casos do Mianmar e do Zimbábue, respectivamente, pelo motivo de que, apesar de ocorrerem violações de direitos humanos, não seria necessário o uso das prerrogativas de força do Conselho pelas questões se tratarem de problemas internos de cada país. Ocorre que várias nações em desenvolvimento, que ocupam assentos de membros rotativos no Conselho, têm votado contra as medidas das chamadas potências ocidentais, bem como se abstido das votações, acreditando, talvez, que a natureza intrusiva das ações do Conselho possa levá-las a carregar para si o estigma de um neocolonialismo.<sup>24</sup>

Em 2007, foi amplamente discutida uma resolução que ordenava ao governo do Mianmar que cessasse toda ação militar contra civis de qualquer minoria étnica; e que tratava de liberdade de expressão política: liberar prisioneiros políticos e permitir que todos os partidos do conflito pudessem funcionar e discutir livremente no país. A resolução foi oposta pela China, pela Federação Russa e pela África do Sul. A delegação chinesa

---

<sup>23</sup> FORSYTHE, David P. The UN Security Council and human rights: state sovereignty and human dignity. Maio, 2012. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/iez/09069.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2016. Tradução nossa.

<sup>24</sup> Ibidem

entendeu que a resolução poderia interferir na soberania do país, por tratar de um conflito que não representava uma ameaça à segurança mundial, visto que havia tantos conflitos similares no continente. Entendeu também que tomar tal decisão poderia levar o Conselho a exceder seu mandato em detrimento de outras agências da ONU que atuavam no local. A delegação russa, similarmente, declarou que o envolvimento do Conselho na questão seria contraproducente em face dos esforços de outras agências da ONU. Outros países daquela sessão, tais como o Reino Unido, contra-argumentaram que, pela questão estar dentro das responsabilidades do Conselho, não significaria que seria de interesse exclusivo do Conselho, uma vez que o objetivo da ONU como um todo, era garantir um melhor futuro à população da região, e que os atos do Conselho não seriam impedimento para que qualquer outra agência das Nações Unidas pudesse debater o conflito. Tal oposição foi, obviamente, em vão.<sup>25</sup>

O caso dos vetos contra a resolução de 2008 sobre a crise no Zimbábue é simbólico. A resolução decidia pela imposição de um embargo de armas para a situação, assim como por limitações financeiras e relacionadas a viagens do Presidente Robert Mugabe e outros 13 líderes de seu regime, que havia chegado ao poder de forma indevida após as eleições. De todos os membros presentes no Conselho naquele ano, os Estados Unidos, a França e o Reino Unido votaram a favor da resolução, em conjunto com as delegações da Bélgica, Burkina Faso, Costa Rica, Itália e Panamá; enquanto a Indonésia se absteve de seu voto, e as delegações da Federação Russa, da China e do Vietnã e da Líbia votaram contra. O posicionamento americano na questão foi de reconhecer uma verdadeira ameaça à paz e à segurança regionais, em alinhamento com o posicionamento britânico de contenção do conflito, com o objetivo de reprimir uma tragédia nacional que pudesse se espalhar pelo continente. Estranhamente, o posicionamento

---

<sup>25</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Security Council fails to adopt draft resolution on Myanmar, owing to negative votes by China, Russian Federation. Nova York, 2007. Disponível em: <<http://www.un.org/press/en/2007/sc8939.doc.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2016. Tradução nossa.

russo contrariava o que o país havia afirmado naquela mesma semana, na conferência do G8, onde fora declarado comprometimento pela aplicação de sanções diversas contra o regime de Mugabe. As delegações chinesa e russa do Conselho simplesmente vetaram a resolução que mal haviam discutido, alegando que o conflito não passava do contexto doméstico e que deveria permanecer nos problemas internos daquele país, não havendo assim ameaça à paz e à segurança globais.<sup>26</sup>

Destaca-se que, mesmo em um órgão multilateral, o interesse nacional se encontra como um problema que se coloca na frente da discussão ampla de medidas. Preocupações nacionais são levadas em consideração de forma como a Guerra Fria não permitia, pois a hegemonia de potências antagônicas ofuscava os interesses de demais países. Com a multipolaridade, várias nações passaram a exercer seu voto baseando-se em interesses domésticos, tentando definir os limites de seus objetivos de forma a refletir na questão sendo discutida.

Corroborando com essa vertente, David P. Forsythe esclarece que é difícil chegar a um acordo político extremamente preciso sobre como o poder do Conselho poderá levá-lo a tomar alguma medida que seja inteiramente bem-vista por todos, ou que causará uma ingerência em alguma nação. É natural que, sempre que as ações do comitê forem colocadas em pautas, haja presença de interesses nacionais, uma vez que cada delegação trará para a discussão suas próprias experiências e preocupações. Como exemplo de uma preocupação, tem-se que as tropas cedidas para a ONU por um país ainda são compostas de seus nacionais, e estas podem enfrentar insurgentes armados que não se limitem pela proibição de crimes de guerra ou de tortura de prisioneiros, o que colocaria as forças de determinado Estado, integrada aos capacetes azuis, em maior perigo, levando-o a reconsiderar ajuda aos necessitados.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> NASAW, Daniel. China and Russia veto Zimbabwe sanctions. *The Guardian*, 2008. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2008/jul/11/unitednations.zimbabwe>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

<sup>27</sup> FORSYTHE, David P. The UN Security Council and human rights: state so-

Enfim, o componente político do Conselho tem sido um fator que sempre esteve presente e uma força a se considerar quando analisadas as reuniões e medidas tomadas por esse comitê. Um órgão com tanta influência política como o Conselho de segurança da ONU deveria também se pautar no direito, não para delimitar suas discussões, mas sim para colocar limites às medidas tomadas.

Como não há autoridade acima do Conselho de Segurança, esse carece de um limite ao seu poder, o que o leva a discutir o que os agentes que agem no Conselho, representantes de Estados, acharem mais importantes. Existe uma pesada responsabilidade que paira sobre as resoluções do Conselho de Segurança no sentido de deixar sempre claro que os Estados ali investidos resguardam a paz mundial, bem como vigiam o respeito aos direitos dos países, das pessoas, e da construção de ideias cosmopolitas que regem a comunidade mundial e são basilares para vários preceitos do Direito Internacional. Porém, há exemplos que mostram que nem sempre todos esses fatores tiveram a mesma prioridade.

### **3 CASOS EXEMPLIFICATIVOS SOBRE O USO DA FORÇA FRENTE AO DIREITO INTERNACIONAL**

Existem diversos exemplos de como o uso do poder da força conferido ao Conselho de Segurança das Nações Unidas já evitou que conflitos ultrapasassem o local em que ocorriam, evitando assim situações que se pudessem alastrar por continentes. Eventualmente os capacetes azuis foram obrigados a intervir em prol da segurança de civis pegos em fogo cruzado.

Porém, as decisões do Conselho muitas vezes não se pautam no Direito Internacional, e sim em políticas e interesses nacionais, exercidos fora do âmbito dos países ali representados. Às vezes, por não ter o devido cuidado em examinar os direitos desrespeitados por uma situação, chega-

---

sovereignty and human dignity. Maio, 2012. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/iez/09069.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2016. Tradução nossa.

se a um ponto em que as decisões do Conselho de Segurança não medem as consequências das ações que possam advir delas.

Medidas que não necessariamente se utilizam da força no âmbito global podem gerar prejudicialidade quando se trata da preservação dos direitos das pessoas, como ocorreu no caso das sanções impostas ao Iraque nos anos 90 do século passado, quando o país foi sancionado de forma a afetar severamente o público civil. Se um Estado for alvo do mecanismo de sanção, mecanismo este que deverá estar previsto na Carta da ONU, o ideal seria pautar as sanções aplicadas no direito, procurando-se evitar que as verdadeiras vítimas do efeito negativo pretendido sejam as pessoas que estão sobre a tutela do Estado ou que dependem do bom funcionamento de seus serviços.

A pessoa de direito privado que também seja alvo de uma sanção imposta pelo Conselho de Segurança da ONU não fica distante disso. Pelo caráter administrativo de algumas sanções, questiona-se se a decisão de aplicá-la àquela pessoa poderia limitar-se pelo direito, seja o das pessoas, ou o Direito Internacional. O caso em tela representa o do comitê de sanções contra associados a Al-Qaeda e o Talibã, que parecia sancionar arbitrariamente por não se ater ao devido processo legal de suas listas de sanção.

O presente capítulo procurar elencar e analisar esses exemplos, de como certas decisões tomadas pelo Conselho, talvez por não terem sido pautadas no direito institucionalizado, podem ter gerado consequências que violaram direitos individuais. Com a gama de métodos de proteção e solução de conflitos conferidos aos poderes do Conselho de Segurança, cabe sempre lembrar como grandes poderes trazem grandes responsabilidades.

### **3.1 O Iraque e a prejudicialidade aos direitos básicos pelo uso de sanções econômicas**

O Conselho de Segurança possui em seu acervo vários instrumentos que podem ser escolhidos e aplicados com o objetivo de manutenção da

paz e da segurança no planeta. Nesse sentido, as sanções econômicas se tornam uma ferramenta fundamental para limitar os recursos e o poder de um agente internacional beligerante. O objetivo seria dificultar o uso da força do agressor, que, sem recursos devidos, excederia seu próprio esforço em uma situação de guerra.

De qualquer forma, mesmo em regime de sanções, um Estado é capaz de gerar uma situação de guerra, sendo, às vezes, maiores as consequências para seus civis do que para seu governo. Em situações como a que aconteceu no Iraque, pode-se considerar que os atos do Conselho, naquele episódio, não foram pautados no cuidado com os direitos inerentes às pessoas, em que houve como resultado violação dos direitos fundamentais pelo Estado.

O contexto da invasão iraquiana ao Kuwait em 1990 ilustra a questão. A guerra entre o Irã e o Iraque deixou o último sobrecarregado de dívidas com seus vizinhos. Como o Kuwait se recusou a perdoar a dívida, em pouco tempo, tropas iraquianas foram estacionadas ao longo da fronteira. O Iraque atacou o país, tomando a capital e anexando-o, acusando o Kuwait da tomada do campo de Rumalia – campo de extração de petróleo – e obrigando os dirigentes do Estado kuaitiano a fugir para a Arábia Saudita.<sup>28</sup>

A partir de agosto daquele ano de 1990, o Conselho de Segurança começou a aprovar resoluções sobre a questão, focando-se em aprovar sanções e proteger civis na zona de guerra.

Foi aprovada a Resolução nº 661, de 6 de agosto de 1990. Em suas cláusulas operativas ficou decidido que outros Estados, inclusive aqueles não integrantes da ONU, deveriam abster-se das seguintes atividades: importar produtos originários do território do Iraque ou do Kuwait; permitir atividades de seus nacionais que facilitassem a exportação advinda

---

<sup>28</sup> MILISIC, Alma. Iraq's invasion of Kuwait, 25 years on. Al Jazeera, 2015. Disponível em: <<http://www.aljazeera.com/indepth/interactive/2015/08/timeline-iraq-invasion-kuwait-25-years-150802100248000.html>>. Acesso em: 10 jun. 2016. Tradução nossa.

desses territórios; vender ou suprir produtos ou *commodities* diversas, incluindo armas, a não ser para fins de ajuda humanitária; e dispor de recursos econômicos ou de fundos para qualquer um dos governos ou empresas ou entidades comerciais operando nos países, exceto objetivando fins humanitários.<sup>29</sup>

A Resolução nº 664, de 18 de agosto de 1990, teve enfoque nos civis envolvidos na zona de conflito, principalmente aqueles não nacionais de qualquer dos beligerantes. Demandava que o Iraque facilitasse a saída do país de pessoas externas ao conflito, assim como o acesso a embaixadas e consulados e determinava também que se zelasse pela segurança dessas instituições, abstendo-se de ações que pudessem prejudicá-las. Também condenou a anexação do Kuwait pelo Iraque.<sup>30</sup>

A resolução do Conselho de número 666, de 13 de setembro daquele ano, reafirmou a responsabilidade do Iraque para com a Resolução nº 664 e reconheceu a existência de uma verdadeira crise humanitária na área do conflito, não sem reafirmar que somente o Conselho pode determinar quando esse tipo de situação se apresenta. A crise estava relacionada à fome e à falta de suprimentos básicos e as sanções da Resolução nº 661 – pela exceção da ajuda humanitária, com o objetivo de aliviar o sofrimento dos civis – foram relativizadas.<sup>31</sup>

A Resolução nº 666 não foi o suficiente. A situação se agravou de forma severa no ano de 1991, quando já existia uma coalizão militar

---

<sup>29</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança das Nações Unidas. Resolution nº 661 (1990). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/661\(1990\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/661(1990))>. Acesso em: 10 jun. 2016. Tradução nossa.

<sup>30</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança das Nações Unidas. Resolution nº 664 (1990). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/664\(1990\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/664(1990))>. Acesso em: 10 jun. 2016. Tradução nossa.

<sup>31</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança das Nações Unidas. Resolution nº 666 (1990). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/666\(1990\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/666(1990))>. Acesso em: 10 jun. 2016. Tradução nossa.

realizando bombardeios regulares no Iraque, pela liderança dos Estados Unidos. Esses bombardeios destruíram infraestruturas básicas no país, relacionada à purificação e tratamento de água e à geração de energia. O problema fundamental, que foi nesse caso responsabilidade do Conselho, foi que a falta de recursos financeiros, em razão das sanções, impediu que a estrutura que alimentava necessidades básicas do país pudesse se reerguer. Sem a sua infraestrutura em condições mínimas de sustento e com suas centrais de energia e purificação de água destruídas, o país não conseguia se reabilitar entre bombardeios, agravando epidemias de cólera e tifoide, piorando a crise de fome, destruindo moradias e nutrindo uma enorme crise humanitária.

No caso em tela houve muita crítica por parte da comunidade internacional às condutas do Conselho. O uso indiscriminado das sanções para pressionar o governo do país acabou tendo um efeito adverso na situação. O governo parecia estar disposto a arcar com as consequências impostas pelo Conselho de Segurança da ONU, não atendo a nenhuma de suas exigências, enquanto a população do país de fato sofria.

C. Joy Gordon analisa a repercussão negativa dos instrumentos impostos pelas resoluções antes elencadas, procurando esclarecer o sofrimento civil. O caos humanitário gerado pelas sanções trouxe críticas veementes às atuações do Conselho e dúvidas quanto a ONU. As sanções tinham um mandato de exceção somente para fins humanitários, que era difícil de ser reconhecido e enfrentava muita burocratização, o que dificultava o trabalho de agências humanitárias e de órgãos da própria ONU.<sup>32</sup>

Devido à natureza agressiva demonstrada nas medidas de sanção, os Estados-Membros do Conselho têm cada vez mais debatido limitações para elas. Celso Amorim aponta que é preciso avaliar o custo e o benefício de um regime como esse. O custo seria até onde isso afetaria a população e a

---

<sup>32</sup> GORDON, C. Joy. The sword of Damocles: revisiting the question of whether the United Nations Security Council is bound by international law, *Chicago Journal of International Law*, Chicago, v. 12. n. 2, p. 605-645, 2012. p. 622, Tradução nossa.

infraestrutura do país; e o benefício seria até onde o Estado sancionado está disposto a colaborar com o objetivo das medidas repressivas. A ONU tem abordado limitações dos regimes de sanção, procurando atingir objetivos mais específicos e reduzir impactos humanitários.<sup>33</sup>

Conclui-se do caso, que o uso da força no âmbito internacional nem sempre é bem calculado ou atende a princípios que o Direito Internacional resguarda. Ocorre que o objetivo do Conselho de Segurança, o de resguarda a paz e a segurança internacionais, não foi atendido. A paz no local não pôde ser forçada pelas medidas adotadas pelo Conselho, e a segurança da população foi desrespeitada de diversas formas conforme seus direitos básicos a moradia, saúde, água potável e outros deixavam de ser garantidos.

Quando aprovou medidas de sanções econômicas ao Iraque, procurando que este não tivesse mais como sustentar suas hostilidades no conflito, o Conselho agiu com razão. Porém, ao manter as sanções mesmo com o custo de vidas civis, o comitê agiu fora dos parâmetros do Direito Internacional, uma vez que não atendeu nem mesmo os direitos fundamentais que a ONU tanto preza por proteger e ratificar. Cabe observar que o uso indiscriminado de sanções de qualquer tipo não respeita o Direito Internacional, pois nem sempre é possível prever as consequências desse uso exagerado.

### **3.2 O comitê de sanções à Al-Qaeda e o devido processo legal**

O terrorismo internacional tem crescido de forma a se tornar um problema que é enfrentado em conjunto por diversos Estados. Nessa ideia, a Organização das Nações Unidas tem-se cada vez mais decidido por medidas de segurança e prevenção contra as organizações terroristas

---

<sup>33</sup> AMORIM, Celso Luís Nunes. Entre o desequilíbrio unipolar e a multipolaridade: o Conselho de Segurança da ONU no período pós-Guerra Fria. Disponível em: <[http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/amorimdesequil\\_briounipolar.pdf/at\\_download/file](http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/amorimdesequil_briounipolar.pdf/at_download/file)>. Acesso em: 10 jun. 2016. p. 9.

transnacionais. Vários países procuram auxiliar os órgãos da ONU, com informações e implementação de políticas de proteção para seus cidadãos. A comunidade internacional trabalha unida procurando confiar no Conselho de Segurança como o principal comitê que pode discutir e aprovar medidas de intervenção devidas para prejudicar o esforço terrorista.

Ocorre que tais medidas são decididas unicamente pelo Conselho de Segurança que, conforme o artigo 39, do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, é quem tem a prerrogativa de definir determinada situação como sendo ameaçadora da paz e da segurança internacionais. O caso das sanções aplicadas contra pessoas com suspeita de ligações com a organização terrorista conhecida como Al-Qaeda demonstra bem o embate entre medidas administrativas de segurança e o princípio do devido processo legal, juntamente com a liberdade do indivíduo de contestar alguma acusação contra sua pessoa.

No contexto de impedir os atos do Talibã, insurgência fundamentalista islâmica no Afeganistão, e de Osama bin Laden, fundador do grupo terrorista Al-Qaeda, o Conselho de Segurança agiu sem as prerrogativas de intervenção que autorizavam o uso extremo da força conferida pela Carta, mas sim aplicando sanções. Nesse caso elas não seriam aplicadas contra Estados, mas sim contra indivíduos, pessoas físicas ou jurídicas, que tivessem alguma ligação com Osama ou com os grupos terroristas da Al-Qaeda e do Talibã. Assim, foi fundado um Comitê separado do Conselho de Segurança, mas que seguiria seus comandos e seria integrado pelos Estados que também integrariam o Conselho, hoje chamado de Comitê do Conselho de Segurança Estabelecido Conforme as Resoluções 1267 (1999), 1989 (2011) e 2253 (2015) a Respeito do ISIS (DA'ESH), Al-Qaeda e Pessoas, Grupos, Empresas e Entidades Associadas<sup>34</sup>,

---

<sup>34</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Órgãos Subsidiários do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Security Council Committee Pursuant to Resolutions 1267 (1999) 1989 (2011) and 2253 (2015) Concerning ISIL (DA'ESH) Al-Qaida and Associated Individuals Groups Undertakings and Entities. Disponível em: <<https://www.un.org/sc/suborg/en/sanctions/1267>>. Acesso em: 11 jun. 2016. Tradução nossa.

mais conhecido, até o ano de 2011, como Comitê de Sanções à Al-Qaeda e ao Talibã.

A Resolução nº 1267, de 15 de outubro de 1999, foi a que de fato estabeleceu o comitê. Esclarecia que o Talibã deveria cessar suas atividades terroristas, parando de prover santuário e treinamentos para terroristas internacionais, e deveria entregar Osama bin Laden para as autoridades apropriadas do país em que ele estivesse. Não sendo cumpridas tais exigências, essas que nunca foram, entrariam em vigor, no dia 14 de novembro daquele ano, sanções de limitação de tráfego aéreo advindo de territórios onde o Talibã exerceria qualquer espécie de influência; e sanções de congelamento de fundos ou recursos financeiros, inclusive aqueles oriundos de propriedades controladas pelo Talibã, de forma direta ou indireta.<sup>35</sup> Foram instituídos métodos para cuidar das ligações com o Talibã e com a Al-Qaeda pela Resolução nº 1989, de 17 de junho de 2011.<sup>36</sup>

Essas sanções individuais das quais cuidavam as resoluções seriam aplicadas e seguidas por todos os países, como ficaria determinado na Resolução nº 1267, de 1999, e assim ratificado pelos mecanismos da própria Carta, que, em seu artigo 25, esclarece como os integrantes da ONU estão obrigados pelas resoluções do Conselho: “Artigo 25. Os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.”<sup>37</sup>

A metodologia do comitê de sanção e das listas não se mostrava ideal. O sistema de inclusão nas listas de alvos das sanções parecia não considerar que qualquer pessoa poderia ser alvo de injustiça, pelo fato de

---

<sup>35</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança das Nações Unidas. Resolution nº 1267 (1999). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1267\(1999\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1267(1999))>. Acesso em: 11 jun 2016. Tradução nossa.

<sup>36</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança das Nações Unidas. Resolution nº 1989 (2011). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1989\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1989(2011))>. Acesso em: 11 jun 2016. Tradução nossa.

<sup>37</sup> CARTA das Nações Unidas. São Francisco, 1945. Disponível em: <[http://un-crio.org.br/img/CartadaONU\\_VersoInternet.pdf](http://un-crio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf)>. Acesso em: 11 jun 2016.

não explicitar claramente motivos daquela inclusão ou mesmo por não permitir que a inclusão fosse contestada.

Uma das principais críticas ao sistema de sanções estabelecido pela ONU se refere ao método utilizado para o seu funcionamento. Diversas vezes pessoas físicas e jurídicas se viram com seus bens congelados, e algumas foram proibidas de viajar sem que houvesse um motivo claro para isso. Assim ocorre, porque o sistema de listagem sanciona as pessoas baseando-se em pesquisas e determinações que somente o comitê que dele cuida tem acesso. Pela natureza sigilosa dessa informação, as determinações de quem será sancionado, e com qual tipo de sanção, não estão abertas a questionamentos. Ou seja, por mais respeitável que possa ser cada ato deste comitê – em que o Conselho de Segurança confiou a importante tarefa de combate ao terrorismo –, essas ações podem parecer, para as pessoas afetadas, arbitrárias, pois viriam a ferir o devido processo legal.

Farnaz Mirshahi aponta que, embora as resoluções do Conselho de Segurança tenham precedência frente a outros tratados e possam até prevalecer sobre a lei costumeira internacional, essas não podem interferir com o *jus cogens*<sup>38</sup>, ou mesmo operar fora das diretrizes da ONU, que são congruentes ao respeito aos direitos humanos. A Declaração Universal de Direitos Humanos exige um julgamento justo, por tribunal imparcial, de todo aquele que for acusado na esfera global, bem como garante que violações a direitos concedidos por lei internacional possam ser reparadas. Porém, o regime de sanções adotado pela Resolução nº 1267 é declaradamente administrativo e não, criminal, embora tenha caráter claramente punitivo.

---

<sup>38</sup> Esse é nome dado ao conjunto de normas peremptórias que regem o direito internacional. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, essa adotada pelo Brasil pelo Decreto 2.030 de 2009, estabelece em seu artigo 53 que o *jus cogens* é uma norma geral e imperativa da qual não se permite derrogação. Essa norma é aplicada pela totalidade da comunidade internacional e difícil de ser modificada. BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)> Acesso em: 6 set. 2016.

Isso tem dificultado muito o atendimento ao princípio do devido processo legal, que é amplamente respeitado em procedimentos civis e criminais.<sup>39</sup>

A lógica de se comparar a metodologia do Comitê, estabelecido conforme a Resolução nº 1267, com uma lista negra é a de que haveria uma real caça injustificada às pessoas colocadas no enfoque desse comitê, uma vez que não eram evidenciados reais motivos para aplicação de sanções. Em sua 16ª sessão, o Codexter (*Committee of Experts on Terrorism ou Comité d'experts sur le terrorisme*), comitê integrante do Conselho da Europa, que vigia os instrumentos adotados pelo órgão contra o terrorismo, liberou informativo nesse sentido. Com o advento da guerra ao terror, clara na política externa de alguns países, alguns direitos têm sido privados às pessoas, causando injustiças e sujando seus nomes. Aqueles que fossem suspeitos de ligações ilegais não deveriam ser enquadrados em qualquer lista negra, mas sim ter a possibilidade de responder suas acusações. Afirmar também que o processo de retirada das listas de sanções é falho, uma vez que a pessoa sancionada, embora possa submeter pedido de revisão, tal pedido não pode reivindicar direitos, nem permite que a pessoa seja representada para tal fim.<sup>40</sup>

Na falta de um sistema revisor das acusações que colocam pessoas nas listas de sanções, muitos tiveram que apelar para cortes nacionais ou regionais, procurando órgãos que pudessem garantir os direitos previstos no ordenamento normativo interno de seus países ou que fossem proferir decisões no âmbito do Direito Internacional. Dentre vários, poucos tiveram alguma forma de sucesso, como o caso de Yassin Abdullah Kadi. Isso depois de um longo processo no qual se remeteu a lide à jurisdição de mais de um

<sup>39</sup> MIRSHAHI, Farnaz. The UN 1267 sanctions regime: due process and intelligence evidence. Disponível em: <[https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/33432/1/Mirshahi\\_Farnaz\\_201211\\_LLM\\_thesis.pdf](https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/33432/1/Mirshahi_Farnaz_201211_LLM_thesis.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2016. Tradução nossa.

<sup>40</sup> COMMITTEE OF EXPERTS ON TERRORISM. Information on other activities of the Council of Europe: Council of Europe Commissioner for Human Rights. Strasbourg, 2009. Disponível em: <[https://www.coe.int/t/dlapil/codexter/Source/meetings/codexter\\_m16\\_report\\_en.pdf](https://www.coe.int/t/dlapil/codexter/Source/meetings/codexter_m16_report_en.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2016. Tradução nossa.

órgão regional. C. Joy Gordon narra e expõe o ocorrido, esclarecendo as decisões de cada corte. Também no ano de 2001, os bens do senhor Yassin Kadi e de sua empresa foram congelados, conforme sanções aplicadas, tendo como justificativas ligações com um local em que reuniões da Al-Qaeda poderiam ter ocorrido e com firmas de sua empresa na Albânia que estariam transferindo fundos para grupos armados. O Tribunal de Justiça do bloco europeu, órgão superior no que tange à aplicação das leis da União Europeia, concluiu que as medidas tomadas dentro do bloco deveriam estar em conformidade com as leis da comunidade, mesmo que essas fossem referentes a uma resolução do Conselho de Segurança da ONU. O órgão superior reconheceu violações de direitos fundamentais da parte hipossuficiente.<sup>41</sup> No caso em tela, fica claro como alguns órgãos regionais têm adotado jurisprudência no sentido de que as medidas do Capítulo VII da Carta precisariam de amparo judicial ou deveriam estar mais congruentes com as leis internacionais.

O sistema de inserção nas listas de sanções da ONU já é reconhecido como um problema, mesmo que as sanções do Conselho pudessem ser contestadas no âmbito doméstico, pelo caráter mandatário das determinações, o que proíbe que essas possam ser questionadas de alguma forma.<sup>42</sup> Esse talvez seja o principal motivo que fez com que o Comitê de Sanções reavaliasse os seus métodos, promovendo mais cooperação com os Estados e revisando seus sistemas de exclusão das listas.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> COMMITTEE OF EXPERTS ON TERRORISM. Information on other activities of the Council of Europe: Council of Europe Commissioner for Human Rights. Strasbourg, 2009. Disponível em: <[https://www.coe.int/t/dlapil/codexter/Source/meetings/codexter\\_m16\\_report\\_en.pdf](https://www.coe.int/t/dlapil/codexter/Source/meetings/codexter_m16_report_en.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2016. Tradução nossa.

<sup>42</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Press conference by special rapporteur on human rights and countering terrorism, 22 out 2008. Disponível em: <[http://www.un.org/press/en/2008/081022\\_Scheinin.doc.htm](http://www.un.org/press/en/2008/081022_Scheinin.doc.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2016. Tradução nossa.

<sup>43</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Security Council 1267/1989 Committee Revises Its Guidelines, 17 abr 2013. Disponível em: <<http://www.un.org/press/en/2013/sc10979.doc.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2016. Tradução nossa.

Esse caso especificado deixa claro como uma decisão do Conselho em prol da segurança desrespeitou ou deixou de amparar um direito básico de qualquer ordenamento jurídico, que é o do devido processo legal, bem como o fez com o direito de defesa. Por sua vez, o exemplo das sanções ao Iraque coloca em choque o direito das pessoas e a justiça aplicada a um Estado, onde o Estado praticou uma agressão considerada injusta e, dentro do ordenamento legal da ONU, sofreu sanções, mas essas afetaram diretamente pessoas inocentes.

Em situações como essas, as ações decididas podem ter levado o Conselho de Segurança a exceder o seu mandato e agir acima do direito. A base oferecida pela Carta da ONU tem servido a propósitos políticos, mais do que aos objetivos de preservação de paz e segurança dos povos, o que representa um verdadeiro perigo. Um órgão com amplos poderes e com tão grande responsabilidade precisa de respaldos legais, estes que são mais concretos do que os políticos.

#### 4 CONCLUSÃO

É notório que com a evolução do Direito Internacional as relações entre os Estados passaram a ser reguladas pela cooperação entre os povos e não mais pelo poder do mais forte sobre o mais fraco. A Carta da Organização das Nações Unidas tenta auxiliar o desenvolvimento dessa cooperação, definindo os procedimentos, limites e competências deste órgão multilateral.

O Conselho de Segurança foi estabelecido com protagonismo na missão de manter a paz e a segurança internacionais. É o único órgão dotado de poderes coercitivos. Esse comitê, idealizado pelos países pactuantes de 1945, tem papel decisivo na execução dos objetivos da Organização, que foram definidos em seu tratado constitutivo. A esse importante órgão são atribuídas prerrogativas bem mais abrangentes que aos demais.

A Carta de São Francisco institui a regra proibitiva do uso da força nas relações entre os Estados. Esta força, por sua vez, somente é autorizada

em situações excepcionais. O Capítulo VI exalta a diplomacia e a solução pacífica de controvérsias, à luz da convicção de que se deve privilegiar o diálogo entre as nações na tentativa de resolução de qualquer litígio. O mesmo capítulo menciona também a possibilidade de intervenção de terceiros no desfecho de conflitos, além da alternativa jurisdicional quando a negociação direta não for capaz de encerrar a divergência. É, em seu Capítulo VII, que a Carta faz referência aos poderes coercitivos do Conselho de Segurança, com ou sem emprego da força, e é nessa espécie de coerção que se encontra o atual problema das decisões do Conselho de Segurança.

É evidente que o Conselho, desde sua criação, tem, na Carta da ONU, a principal base para a tomada de decisões. Não se pode negligenciar, entretanto, a influência de disputas políticas no âmbito desse órgão, ou até mesmo a projeção de interesses nacionais no processo decisório que se desenvolve ali dentro. Tais influências parecem ter produzido alguma distorção nos objetivos desse comitê, bom como gerado danos sobre a credibilidade do Conselho, em face do temor de que outros fatores venham desviar-lhe a atenção para objetivos além daquele que deveria ser sua meta prioritária, que é a segurança global.

Do Conselho de Segurança se espera que atue como a unidade de países vigilantes da paz, da segurança internacional e do respeito aos direitos humanos em todo o globo. Entretanto, não se pode ignorar as pressões políticas exercidas sobre o referido órgão, nem a influência dos interesses nacionais de seus membros. Inexistindo quem possa fiscalizar suas decisões, o Conselho de Segurança se torna tão onipotente, suas prerrogativas de tal forma ilimitadas, que se levanta o questionamento se esse poder não deveria ser limitado de alguma forma, ou seja, levanta-se a questão de quem vigia os vigilantes.<sup>43</sup>

Sem poder, ao menos equivalente, que respalde ou conteste sua conduta, o Conselho tem-se pautado mais pela Política, e menos pelo Direito. Esse contexto é propício a abusos e negligências a direitos que por

princípio deveria o Conselho preservar, como se tenta demonstrar por meio de casos recordados no terceiro capítulo deste estudo.

Entre as sanções aplicadas, naquelas em que o devido processo legal não é respeitado, observa-se frequentemente o desrespeito aos direitos humanos, que são os direitos fundamentais que o Conselho pretende proteger. Sendo assim é possível enxergar que o Conselho precisaria se pautar mais em bases de direito internacional para agir.

Quando sanções aos Estados afetam indivíduos, privando-os da satisfação a necessidades básicas, abre-se caminho para o desrespeito aos direitos humanos, que ao Conselho caberia resguardar. Os casos aqui demonstrados apontam algumas resoluções do Conselho que, apesar de se terem pautado na legalidade da Carta e se utilizado de mecanismos por ela conferidos, desrespeitaram direitos básicos de sustento, como o direito à água potável e à saúde, ou de princípios gerais que regem qualquer ordenamento, como no caso do devido processo legal.

O Conselho de Segurança cuida para que sanções sejam aplicadas à luz da letra da lei internacional e por meio de mecanismos que lhe foram conferidos institucionalmente. Porém, não é somente procurando aplicar de forma literal o caráter punitivo de uma sanção e se utilizando das possibilidades legalmente conferidas que se respeitam e se resguardam os objetivos originais da Carta ou do estabelecimento do Conselho.

Na analogia feita pelo texto de C. Joy Gordon, existe a alusão de que a responsabilidade do Conselho é tamanha que paira sobre aquele comitê com uma espada sendo sustentada por não mais que um fio. Essa é a referência do conto da Espada de Dâmocles. O conto retrata a história do rei Dionísio, um tirano que governava Siracusa, na Sicília, e seu amigo Dâmocles. Este último, certa vez, dirigiu-se ao rei para ressaltar-lhe o destino glorioso, a sorte de gozar de privilégios como vinhos, iguarias, serviços e bens preciosos, de forma como todo homem gostaria de ter para ser plenamente feliz. Ao ouvi-lo, Dionísio ofereceu a Dâmocles a oportunidade de trocar de lugar com ele por um dia. Assim, Dâmocles poderia experimentar seus mais finos e caros pertences, o luxo e o conforto

que sua condição lhe proporcionava, oferta esta que seu amigo aceitou. No dia seguinte, Dâmocles usufruiu dos melhores pratos, dos grandes jardins do palácio e de todos os criados a seu dispor, até finalmente se sentar ao trono real. Quando repousou sua cabeça ao trono, olhando para o teto, viu uma espada enorme e pesada pendurada com sua lâmina voltada para baixo, apontando diretamente para sua cabeça, e sendo sustentada por não mais do que meros fios de cabelo de cavalo. Apavorado, suplicou que o tirassem dali, e indagou confuso o que estava ocorrendo.

Ao ver a aflição do amigo, o rei Dionísio explicou a Dâmocles que aquele era o ônus real. Os poderosos podem ter tudo, menos paz e tranquilidade. Como um rei ele sabia do perigo constante que qualquer de suas decisões poderia trazer-lhe e de como a qualquer momento a insatisfação alheia poderia custar-lhe sua vida. Naquele dia o rei procurou ensinar a Dâmocles que com grandes poderes a responsabilidade é tanta que chega a pairar sobre a cabeça de um responsável como um perigo. Dâmocles nunca mais desejou os bens dos poderosos, e não tornou a querer trocar de lugar com o rei.<sup>44</sup>

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Celso Luís Nunes. Entre o desequilíbrio unipolar e a multipolaridade: o Conselho de Segurança da ONU no período pós-Guerra Fria. Disponível em: <[http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/amorimdesequil\\_briounipolar.pdf/at\\_download/file](http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/amorimdesequil_briounipolar.pdf/at_download/file)>. Acesso em: 10 jun. 2016.

AUSTRALIAN WAR MEMORIAL. Korean War, 1950-53. Camberra. Disponível em: <<https://www.awm.gov.au/atwar/korea/>>. Acesso em: 4 jun. 2016.

BALDWIN, James. Fifty famous stories retold. Disponível em: <[http://www.gutenberg.org/files/18442/18442-h/18442-h.htm#THE\\_SWORD\\_OF\\_DAMOCLES](http://www.gutenberg.org/files/18442/18442-h/18442-h.htm#THE_SWORD_OF_DAMOCLES)>. Acesso em: 10 set. de 2016.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)> Acesso em: 6 set. 2016.

CARTA das Nações Unidas. São Francisco, 1945. Disponível em: <[http://unicrio.org.br/img/CartadaONU\\_VersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf)>. Acesso em: 8 ago. 2016.

CASELLA, Paulo Borba; HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, G. E. do Nascimento e. Manual de direito internacional público. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHACON, Eduarda. ECAD: quis custodiet ipsos custodes?. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184443,61044-ECAD+Quis+custodiet+ipsos+custodes>>. Acesso em: 10 de set. de 2016.

COMMITTEE OF EXPERTS ON TERRORISM. Information on other activities of the Council of Europe: Council of Europe Commissioner for Human Rights. Strasbourg, 2009. Disponível em: <[https://www.coe.int/t/dlapil/codexter/Source/meetings/codexter\\_m16\\_report\\_en.pdf](https://www.coe.int/t/dlapil/codexter/Source/meetings/codexter_m16_report_en.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2016.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970): Advisory opinion of 21 June 1971. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/53/5595.pdf>> Acesso em: 6 set. 2016.

DINSTEIN, Yoram. War, aggression and self-defence. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

FORSYTHE, David P. The UN Security Council and human rights: state sovereignty and human dignity. Maio, 2012. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/iez/09069.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2016

GORDON, C. Joy. The sword of Damocles: revisiting the question of whether the United Nations Security Council is bound by international law, *Chicago Journal of International Law*, Chicago, v. 12. n. 2, p. 605-645, 2012.

MCCLEAN, Emma. Hard evidence: who uses veto in the UN Security Council most often – and for what? Disponível em: <<http://theconversation.com/hard-evidence-who-uses-veto-in-the-un-security-council-most-often-and-for-what-29907>>. Acesso em: 26 maio 2016.

MILISIC, Alma. Iraq's invasion of Kuwait, 25 years on. Al Jazeera, 2015. Disponível em: <<http://www.aljazeera.com/indepth/interactive/2015/08/timeline-iraq-invasion-kuwait-25-years-150802100248000.html>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

MIRSHAHI, Farnaz. The UN 1267 sanctions regime: due process and intelligence evidence. Disponível em: <[https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/33432/1/Mirshahi\\_Farnaz\\_201211\\_LLM\\_thesis.pdf](https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/33432/1/Mirshahi_Farnaz_201211_LLM_thesis.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2016.

NASAW, Daniel. China and Russia veto Zimbabwe sanctions. The Guardian, 2008. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2008/jul/11/unitednations.zimbabwe>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral das Nações Unidas. 3314 (XXIX). Definition of Aggression. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/3314\(XXIX\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314(XXIX))>. Acesso em: 17 de ago. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança das Nações Unidas. Resolution nº 1267 (1999). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1267\(1999\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1267(1999))>. Acesso em: 11 jun 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança das Nações Unidas. Resolution nº 1989 (2011). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1989\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1989(2011))>. Acesso em: 11 jun 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança das Nações Unidas. Resolution nº 598 (1987). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/598\(1987\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/598(1987))>. Acesso em: 5 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança das Nações Unidas. Resolution nº 661 (1990). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/661\(1990\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/661(1990))>. Acesso em: 10 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança das Nações Unidas. Resolution nº 664 (1990). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/664\(1990\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/664(1990))>. Acesso em: 10 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança das Nações Unidas. Resolution nº 84 (1950). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/84\(1950\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/84(1950))>. Acesso em: 4 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança das Nações Unidas. Resolution nº 666 (1990). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/666\(1990\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/666(1990))>. Acesso em: 10 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Iran-Iraq UNIIMOG - Background. Nova York, 2003. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/uniimogbackgr.html>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Órgãos Subsidiários do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Security Council Committee Pursuant to Resolutions 1267 (1999) 1989 (2011) and 2253 (2015) Concerning ISIL (DA'ESH) Al-Qaida and Associated

Individuals Groups Undertakings and Entities. Disponível em: <<https://www.un.org/sc/suborg/en/sanctions/1267>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Press conference by special rapporteur on human rights and countering terrorism, 22 out 2008. Disponível em: <[http://www.un.org/press/en/2008/081022\\_Scheinin.doc.htm](http://www.un.org/press/en/2008/081022_Scheinin.doc.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Security Council 1267/1989 Committee Revises Its Guidelines, 17 abr 2013. Disponível em: <<http://www.un.org/press/en/2013/sc10979.doc.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Security Council fails to adopt draft resolution on Myanmar, owing to negative votes by China, Russian Federation. Nova York, 2007. Disponível em: <<http://www.un.org/press/en/2007/sc8939.doc.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

TOMUSCHAT, Christian. Uniting for peace, 2008. Disponível em: <[http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ufp/ufp\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ufp/ufp_e.pdf)>. Acesso em: 26 maio 2016.