
REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR



Brasília - DF

2016



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União
Ministério Público Militar

Procurador-Geral da República
Rodrigo Janot Monteiro de Barros

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
José Garcia de Freitas Júnior

Corregedora-Geral do MPM
Herminia Celia Raymundo

Conselho Editorial

Clementino Augusto Ruffeíl Rodrigues
Procurador de Justiça Militar – Coordenador

Selma Pereira de Santana
Promotora de Justiça Militar

Jorge Augusto Caetano de Farias
Promotor de Justiça Militar

Romana de Castro
Secretária

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR



Ano XLI - Número 26 - Novembro de 2016

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>

Copyright © 2011. Todos os direitos autorais reservados

Capa: Adriano Alves-Marreiros
Projeto Gráfico: Alessandra Duarte
Revisão de texto: Romana de Castro
Formatação: Miriam de França Moreira

Tiragem: 1.500 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores

Revista do Ministério Público Militar. – Ano 1, n.1 (1974) – ano 41,
n. 26 (nov. 2016). – 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

A mensagem desta edição de número 26 da Revista do MPM, que aparece de forma induzida pela pintura estampada na capa, tem por objetivo trazer uma contribuição para que um novo pensamento se propague. Mas que pensamento seria este?

No presente, provavelmente em função de tempos mais atribulados ora em curso, a sociedade parece mesmo inclinada a viver o dilema de uma bifurcação: por um lado, cada vez mais é possível prosseguir apenas como espectador dos acontecimentos, inerte e alheio às mudanças, e fazer o que sempre se fez; por outro caminho, uma nova percepção pode nascer e, se isso acontece, não há mais volta, pois surge a obrigação de se assumir responsabilidades provenientes do conhecimento e, assim, o consequente dever de ação.

O poder evolutivo de se perceber o inusitado promove a satisfação de se experimentar valores morais, especialmente o de se fazer o máximo e melhor possível, ao se buscar um trabalho com qualidade. Da mesma forma que o bom tecelão escolhe o melhor fio e o bom escritor escolhe cada palavra na expectativa de “tecer” o melhor artigo, também o trabalhador das instituições representativas do Estado brasileiro deve buscar, por meio de sincera dedicação, o aperfeiçoamento da realização de suas funções, em qualquer grau de importância, pois toda tarefa tem o seu valor em si mesma.

Na leitura dos artigos aqui publicados, verifica-se que um projeto social como o de “ações preventivas ao uso de substâncias entorpecentes por jovens militares” alcançou resultados positivos em uma área que tanto preocupa as instituições militares como a sociedade civil, e que se utilizou dos “conhecimentos da psicodinâmica do trabalho militar e do papel resolutivo do Ministério Público Militar”. Adiante, outro artigo chama a atenção para o “novo modelo constitucional” que estuda “compreender o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas”, tema atual, complexo e controverso.

Também merecedora de destaque é a preocupação com os direitos humanos que aparece em artigo que trata dos “princípios constitucionais que amparam a figura de todo e qualquer preso” – há aí o debate a respeito do direito à visita íntima também no âmbito dos estabelecimentos prisionais militares; e em outro que defende a importância da “aprovação de projeto de lei que internaliza os crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma”, pois “assim o país demonstrará que cumpre seus compromissos internacionais assumidos por tratados e ratificará, no seu ordenamento jurídico, que os valores do Direito Humanitário norteiam o treinamento e o emprego de suas Forças Armadas”.

Esses são apenas alguns exemplos do que se mencionou sobre o novo entendimento do papel de cada cidadão em seu meio. O momento exige reflexão e, mais ainda, ação. O conhecimento aliado às boas práticas promoverá resultados positivos e reais para o crescimento de toda a sociedade.

Tenham todos uma boa leitura!

Jaime de Cassio Miranda
Procurador-Geral de Justiça Militar

EDITORIAL

Na capa vemos uma consagrada pintura, ali identificada, cujo tema é a batalha Naval do Riachuelo. Muitos diriam que a cena não teria sido assim, questionando a realidade das pinturas românticas. Mas o Romantismo não retrata as cenas reais, ele busca captar sentimentos.

Que sentimentos temos hoje em nosso país?

Decerto o de indignação por crimes absurdos e de grande alcance que nos fere como cidadãos. Mas também o de orgulho, vez que Ministério Público, Judiciário e Polícia têm mostrado grande efetividade e coragem no combate a tais condutas e seus autores, muitos poderosos que jamais se imaginaria poder condenar e prender. E, finalmente, o de preocupação: na Itália, houve terríveis ataques às investigações e instituições investigadoras, inclusive com obstáculos legais após a Operação Mãos Limpas: talvez não se quisesse que algo como aquilo se repetisse. E tal movimentação já começa a tomar forma no Brasil, como um Leviatã pronto a proteger quem se julga acima das leis.

O MP tem muito ainda que fazer, em todos os seus ramos. O CNMP já recomendou a formação de grupos de combate à corrupção. As “Dez Medidas contra a Corrupção”, propostas por milhões de assinaturas do povo, são essenciais, bem como lutar contra Leis, emendas e outras normas que protejam o crime, e buscar decisões que se baseiem em um Garantismo Penal Integral, que também tutelem a Sociedade e as vítimas de crimes, e que não sejam garantias para a impunidade. Críticas virão, já estão surgindo, e sabemos que elas serão bem mais duras quando o MP está certo: é mais fácil perdoar alguém por estar errado que por estar certo...

Maso MP não pode titubear e precisa prosseguir, por meio de todos os seus ramos e em todos os estados nessa luta, que parece nunca ter fim, contra a impunidade, e que talvez já esteja gerando esperança e resultados efetivos aos olhos de todos: dos que louvam e dos que abominam a impunidade.

Esta edição não tem artigos específicos sobre tal assunto, mas é lançada numa época em que temos que batalhar para garantia do presente e do futuro, como disse o Almirante Barroso na Batalha que está na capa desta revista: “Sustentar fogo, que a vitória é nossa!”

Nossa: da Sociedade...

SUMÁRIO

- **Drogadição nas Forças Armadas e a atuação resolutiva e preventiva do Ministério Público Militar**
Alexandre Reis; Rebecca Carvalho; Márcio Pereira 11
- **O crime continuado no Código Penal Militar na visão do STF e do STM**
Anderson Batista de Souza 51
- **A vedação da visita íntima no sistema prisional militar sob a ótica da dignidade da pessoa humana**
Antônio Pereira Duarte 71
- **Interrogatório ao final da instrução criminal militar e o prazo para a oposição de exceções**
Cícero Robson Coimbra Neves 95
- **Greve de militares: aspectos constitucionais, legais e jurisprudenciais**
Claudio Roberto Barbosa Filho 129
- **O Neoconstitucionalismo e a força normativa da constituição para a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário brasileiro**
Fernanda Vieira da Silveira Santos 163
- **A condenação criminal na primeira instância da Justiça Militar e seus efeitos políticos**
Geraldo Kautzner Marques 185

- **A institucionalização da Polícia Judiciária Militar: uma necessidade premente**
Luciano Gorrihas; Cláudio Miguel; Marcio Barbosa 201
- **A correção do juiz-auditor corregedor nos autos de inquérito policial militar em desacordo com o sistema processual penal adotado no Brasil**
Naghimy Magdala Dilly de Medeiros Rassy Teixeira 227
- **Crimes de guerra e Justiça Militar: considerações sobre a repressão nacional das violações graves do Direito Internacional Humanitário pela jurisdição castrense**
Najla Nassif Palma 251
- **A (in)possibilidade de se punir os crimes da ditadura militar**
Péricles Ribeiro Neto 291
- **Uma visão militar sobre o combate às drogas: esforço conjunto na preservação de valores**
Rogério Marques Nunes 321
- **A (in)constitucionalidade da submissão de civis à jurisdição penal militar da União**
Selma Santana; Adriano Alves-Marreiros; Camila Souza 343
- **Um enigma da esfinge no Direito Processual Penal castrense: a (in)correção da decisão que suspende o curso do processo de deserção diante da prática de nova deserção e a prescrição**
Vivian Almeida Carvalho 383



DROGADIÇÃO NAS FORÇAS ARMADAS E A ATUAÇÃO RESOLUTIVA E PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

DRUG ADDICTION IN THE MILITARY AND
THE OPERATIVE AND PREVENTIVE
ACTION OF MILITARY PROSECUTION
SERVICE

Alexandre Reis de Carvalho

Promotor de Justiça Militar em Curitiba(PR)
Coordenador do projeto social “Mais que vencedores”

Rebecca Aguiar Eufrosino da Silva de Carvalho

Advogada
Pós-Graduada em Direito Militar, Administração Pública e Docência do
Ensino Superior

Márcio de Moura Pereira

Técnico de Enfermagem do Trabalho na PGJM
Pós-Doutor em Psicologia Social do Trabalho

RESUMO: Este trabalho propôs-se a apresentar o projeto social “Navegando com a Assistência Integrada” como possibilidade de intervenção resolutiva do Ministério Público Militar no desenvolvimento de ações preventivas ao uso de substâncias

entorpecentes por jovens militares. Este estudo qualitativo foi realizado por meio da revisão bibliográfica e documental a respeito do percurso de implantação do projeto “Navegando com a Assistência Integrada”, seguindo-se a reflexões teóricas a respeito da psicodinâmica do trabalho militar e das políticas públicas nacionais sobre drogas. Numa perspectiva de afirmação dos direitos fundamentais e do papel social do Ministério Público no neoconstitucionalismo, discutiu-se o potencial de replicação, na forma de política pública setorial, desse projeto-piloto promovido em articulação com diversos atores (governamentais e não-governamentais) responsáveis pelo processo de socialização e ressocialização de jovens militares expostos ao risco de uso de entorpecentes. O projeto social foi desenvolvido com 532 alunos da Escola de Aprendizes-Marinheiros de Santa Catarina, que acompanharam a palestra “Conduta Militar e Prevenção à Dependência Química”, em 14 seções, da qual participaram integrantes da PJM/Curitiba, Comando da Marinha e ONG Vida Limpa. Os dados obtidos após a conclusão do trabalho por pesquisa reativa demonstram que a implantação do “Navegando com a Assistência Integrada” resultou em melhora de rendimento escolar, disciplinar, convívio laboral e relacionamento social. Portanto, o projeto social, desenvolvido a partir da articulação interagências, mostrou-se potencialmente viável, tanto logística quanto economicamente, para utilização na proposição de uma política pública setorial de prevenção ao uso de substâncias entorpecentes para jovens militares no âmbito das Forças Armadas.

PALAVRAS-CHAVES: Drogadição. Forças Armadas. Políticas públicas. Prevenção. Projeto Social. Ministério Público Militar.

ABSTRACT: This paper aimed at describing the social project “Sailing with Integrated Assistance” as a possible problem solving intervention of the Military Prosecution Service in developing preemptive actions against drugs abuse by young people in the military. This qualitative study was produced through the bibliographical and documental sources used when implementing the “Sailing

with Integrated Assistance” project, following theoretical reflections about psychodynamics in military and the national public policies about drug abuse. Having in mind the affirmation of the fundamental human rights and the social role of the Prosecution Service in the neo-constitutional understanding, this paper discussed the potential replication of this pilot project’s goal of socializing and re-socializing military personnel in risk of becoming drug users. This social project was developed with the participation of 532 Santa Catarina’s Apprentices Sailors School students, who attended the 14 sections of the lecture “Military Conduct and Prevention of Chemical Addiction”. The lectures were conducted by Curitiba Military Prosecution Office, Navy and members of the non-governmental organization “Vida Limpa”. The data, which were obtained by reactive evaluation at the end of the study, showed that the implementation of “Sailing with Integrated Assistance” improved the participant’s school performance, discipline, job partnership and social relations. Therefore, the governmental and non-governmental actors jointly developing this social project proved to be viable, both logistically and economically, to be proposed it as policy to prevent drug abuse by young military personnel.

KEYWORDS: Drug addiction. Armed Forces. Public policies. Prevention. Social project. Military Prosecution Service.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Profissão militar como atividade laboral especial – 2.1. O trabalhador militar – 2.2. Psicodinâmica do trabalho militar – 2.2.1. Psicodinâmica do risco de dependência química no trabalho militar – 2.2.2. Psicodinâmica no enfrentamento de riscos no trabalho – 3. Direitos Fundamentais, Políticas Públicas sobre drogas e a atuação resolutiva do Ministério Público – 4. Desenvolvimento e execução do projeto social “Navegando com a Assistência Integrada” – 4.1. Situação-problema – 4.2. Expectativas dos patrocinadores e interessados no projeto – 4.3. Escopo do projeto – 4.3.1. Cronograma das fases do projeto – 4.3.2. Avaliação do projeto (indicadores) – 4.4. Metodologia

de intervenção – 4.5. Discussão e desdobramentos do projeto-piloto – 5. Considerações finais. – 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Conjugar e analisar cientificamente direitos fundamentais, políticas públicas sobre drogas e atuação do Ministério Público, no ambiente laboral castrense, é tarefa desafiadora e, igualmente, motivadora e necessária, principalmente no atual contexto de amadurecimento da nossa Democracia, em que as Forças Armadas brasileiras têm sido requisitadas pelos Poderes Constituídos para exercer, cada vez mais, missões constitucionais “não bélicas” (ou de garantia da lei e da ordem) perante a população civil, tais como: segurança de grandes eventos internacionais (copa do mundo, jogos olímpicos, visita de chefes de Estado, etc.), eleições, estabilização e pacificação de comunidades, greve dos órgãos de segurança pública, prevenção e repressão a crimes transfronteiriços e ambientais, entre outros.

A Constituição da República Federativa do Brasil (art. 142, inc. VIII) assegura aos militares federais reduzida parcela dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º) e dos servidores públicos (art. 37); o serviço militar é obrigatório no Brasil, exceto para mulheres e eclesiásticos, em tempo de paz (art. 143); e são “proibidas a sindicalização e a greve” aos militares (art. 142, inc. IV). Para o Supremo Tribunal Federal “não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário-mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial” (súmula vinculante nº 06).

É nesse cenário jurídico-laboral extremamente peculiar – organizado com base na hierarquia e disciplina militar, em que a Pátria é bem jurídico superior à própria vida (i.e., em tempo de guerra, a “traição” e a “cobardia” são punidas com a pena de morte) – dezenas de milhares de jovens brasileiros são

incorporados, anualmente, aos efetivos da Marinha, Exército e Aeronáutica para realizar o serviço militar obrigatório, pelo período de um ano.

Pesquisa científica descritiva realizada pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (ENAJUM, 2015) – com a finalidade de conhecer com maior profundidade os quatro crimes militares de maior incidência naquela Justiça, suas principais características e o perfil dos envolvidos – revelou que o número de crimes relativos ao “tráfico ou posse de substâncias entorpecentes ou de efeito similar” (art. 290 do CPM) teve acentuada elevação no período compreendido entre 2002 a 2012. A taxa de crescimento nacional foi da ordem de 18,45% ao ano; enquanto o aumento percentual, nesse período, totalizou 200%. Ao se incluir, nesse estudo, os anos de 2013 e 2014, verifica-se a tendência exponencial desse crescimento, alcançando aumento de 337,5%, nos últimos 12 anos (2003-2014), consoante revelou Stochero (2015).

As maiores incidências desse tipo de delito (tráfico ou posse de substância entorpecente) encontram-se nas organizações militares localizadas nas regiões Sul (35%) e Sudeste (35%) do Brasil. A região Sul e, em especial, o estado de Santa Catarina (índice mais alto do país), apresentam tendência de crescimento superior às observadas nas demais regiões.

Um esboço do perfil dos envolvidos nesse tipo de injusto penal revelou que: 99% são homens; 98% são cabos ou soldados; 85% têm no máximo 21 anos; e 52% têm no máximo o ensino fundamental completo.

Além dos já conhecidos malefícios que o tráfico e uso de substância entorpecente ou de efeito similar (drogas¹) podem causar à economia, segurança pública e saúde (pessoal e pública), a referida pesquisa ainda constatou que, em

¹ O “Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas” alterou a nomenclatura (desatualizada) “substância entorpecente ou que determine dependência física ou química” para “drogas”.

36% dos casos (ações penais militares), os envolvidos estavam de serviço no momento do crime e, em 20% das ocorrências, os militares estavam armados, no momento do flagrante e apreensão da droga ilícita, o que tem sido motivo de enorme preocupação para os comandos militares. Basta referenciar que a segurança dos Palácios do Planalto, Alvorada e Jaburu, das instalações de Aramar (centro experimental de pesquisas nucleares da Marinha), das comitivas de chefes de estado e governo que visitam o País e missões de garantia da lei e da ordem são feitas com a participação desses jovens militares.

No campo jurídico, em que pese o desigual tratamento conferido pelas legislações pátrias (Código Penal Militar; e Lei nº 11.343/2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD), quando o “tráfico ou a posse de substância entorpecente”, ainda que de pequena quantidade, ocorrer em local sujeito à administração militar ou por militar de serviço, as jurisprudências do Superior Tribunal Militar² e Supremo Tribunal Federal comungam do entendimento de que os “institutos despenalizadores” contidos na lei geral (nº 11.343/06) não prevalecem sobre as hipóteses configuradoras do crime militar (arts. 9º e 290 do Código Penal Militar), uma vez que os bens jurídicos tutelados pela norma penal militar extrapolam a incolumidade pública, alcançando e lesionando expressivamente a hierarquia e disciplina militar, assim como a regular organização, preparo e emprego das Forças Armadas (STF. Órgão Pleno. Habeas Corpus nº 103.684/DF).

Em consequência, o militar (de carreira, temporário ou no serviço militar obrigatório) que for imputado da prática do delito militar de “tráfico ou posse de entorpecente”³ estará sujeito à “pena de reclusão, de um a cinco anos”;

² STM. “Súmula 14: Tendo vista a especialidade da legislação militar, a Lei nº 11.343 (Lei Antidrogas), de 23 Ago 06, não se aplica à Justiça Militar da União.”

³ Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/1969). Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar. Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio,

que, independente do *quantum* fixado na pena definitiva, não será convertida em pena restritiva de direito, por ausência de previsão legal e amparo jurisprudencial. Além disso, é comum a autoridade militar promover a desincorporação ou licenciamento desse militar como sanção disciplinar.

A partir desse cenário, de crescimento contínuo da prática do delito previsto no art. 290 do CPM por jovens militares e consequente responsabilização penal (condenação à pena de reclusão), o presente artigo – caracterizado metodologicamente como qualitativo, de revisão bibliográfica e documental, acerca de “projeto social” e seus pressupostos teóricos (GOLDENBERG, 1999; SILVA e MENEZES, 2005) – analisará o exercício da profissão militar como atividade laboral especial, sujeita a destinação funcional exclusiva, valores e regramentos organizacionais peculiares estabelecidos na vigente ordem constitucional e infraconstitucional pátria; e fará a correlação dos fundamentos da psicodinâmica do trabalho (utilizados no projeto social) como ferramenta apta a promover saúde mental, afirmação e realização de direitos fundamentais, prevenção criminal e eficácia na gestão dos profissionais das armas (liderança e comando da tropa).

Após, abordará o papel do Ministério Público como corresponsável pela tutela e difusão dos direitos fundamentais nas relações jurídico-sociais no Brasil e, conseqüentemente, como agente legitimado social para atuar, de modo resolutivo, na indução de políticas (públicas) de construção e afirmação desses direitos, assim como na prevenção e restauração a violações nesse campo, em especial, na prevenção ao crescente uso de drogas por jovens militares.

guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena—reclusão, até cinco anos.

A seguir, discorrerá acerca de algumas medidas e atividades desenvolvidas pela Procuradoria de Justiça Militar em Curitiba/PR (PJM/Curitiba), como agência parceira na realização de ações resolutivas e de “projeto social” local de “prevenção” ao tráfico, posse e uso de drogas para jovens militares, do efetivo da Escola de Aprendizes-Marinheiros de Santa Catarina (EAMSC), com a participação da sociedade civil organizada, em Florianópolis/SC, e de voluntários (colaboradores e apoiadores).

Por fim, apresentará alguns resultados alcançados com essas medidas de cidadania e prevenção criminal, correlacionando-os com as metodologias e abordagens empregadas, a fim de que possam subsidiar ações resolutivas congêneres e até a adoção de política pública de âmbito setorial e nacional para as Forças Armadas.

2

PROFISSÃO MILITAR COMO ATIVIDADE LABORAL
ESPECIAL

2.1. O trabalhador militar

Após alteração constitucional contida na EC 18/1998, que suprimiu a locução adjetiva “servidores militares”, os membros das Forças Armadas (e os policiais e bombeiros militares) passaram a ser denominados de “militares”, como forma de distingui-los dos demais trabalhadores e servidores públicos. Contudo, como assevera Souza Neto (2014), tais modificações topográficas e terminológicas não alteraram as suas condições e características jurídico-laborais (genéricas) de servidores públicos.

De igual forma, a professora Di Pietro (2004), esclarece que, após as alterações promovidas pela EC nº 18/1998, passaram a ser quatro as categorias

de agentes públicos: a) agentes políticos; b) servidores públicos; c) “militares” (estaduais e federais); e d) particulares em colaboração com o Poder Público. Mas, em que pese tal classificação e o tratamento dispensado pela referida emenda constitucional, “jusconceitualmente, não há distinção entre servidores civis ou os militares, a não ser pelo regime jurídico” (especial). Em sentido oposto, Mendes (2016), “os militares das Forças Armadas deixaram de figurar como espécie do gênero servidor público”.

A lei nº 6.880/1980 foi recepcionada (art. 142, § 3º, da CF/88) como o vigente Estatuto dos Militares federais. Contudo, a Lei Maior e a norma estatutária conferiram aos militares (federais e estaduais) somente parcela dos “direitos fundamentais” dos “trabalhadores” (13º salário, salário-família, férias remuneradas, licença gestante, licença paternidade, assistência gratuita aos filhos e dependentes em creche e pré-escolas) e dos “servidores públicos” (art. 37 da CF/88). Não há normatização jurídica acerca da jornada de trabalho (exceção a algumas atividades técnicas idênticas à da vida civil: p. ex., radiologista, magistério, área de saúde, controlador de tráfego aéreo), trabalho noturno, hora extra, periculosidade etc. Além disso, é expressamente defeso aos militares a sindicalização, representatividade associativa, greve, filiação partidária, manejo do habeas corpus para as punições disciplinares e, para os “recrutados”, sequer há o reconhecimento da Suprema Corte à percepção do salário-mínimo.

Para estes jovens militares – que ingressam nas Forças Armadas pela via do serviço militar obrigatório, o que pressupõe, em muitos casos, a ausência de voluntariedade para ingressar e permanecer nas fileiras militares pelo período de um ano – a observância (isonômica) a determinados direitos fundamentais tem sido relativizada, ao máximo, por força de mandamento constitucional (art. 142 e 143).

Em que pese a obrigatoriedade constitucional do serviço militar (aspecto “liberdade”), o art. 2º da Convenção nº 29 da Organização Internacional do

Trabalho⁴ não considera o “serviço militar obrigatório”, entre outras hipóteses, como espécie de trabalho forçado nem tampouco forma indigna ou ilícita de trabalho (ou serviço) exigido de um indivíduo sob ameaça de penalidade.

No que se refere ao aspecto “igualdade”, verifica-se que a remuneração ofertada ao recruta (soldado que realiza o serviço militar obrigatório) é inferior ao salário-mínimo; situação examinada e autorizada pelo Supremo Tribunal Federal (súmula vinculante nº 06). Ocorre que, concluído o período básico de formação (três a quatro meses após a incorporação), estes “recrutas” passam a realizar atividades laborais (serviços administrativos, de guarda e segurança, treinamentos operacionais e de campo) em quantidade e complexidade análogas às dos demais “Marinheiros ou Soldados engajados” (voluntários-selecionados para permanecer, por mais um ano, nas fileiras das Forças Armadas); todavia, estes militares (engajados) recebem remuneração 100% maior do que seus colegas recrutas⁵ (Anexo I da Lei nº 13.321/2016).

Quanto à observância ao princípio constitucional da “dignidade da pessoa humana” nas relações hierárquico-funcionais dos militares, Andrade (2005) assevera que a ausência de um limite para jornada de trabalho (dos militares) não é sinônimo de jornada exaustiva ou superexploração; contudo, verifica-se que tal prática tem ocorrido em determinados períodos, localidades, contextos ou grupo de militares, uma vez que a rotina laboral pode ser fixada de acordo com razoável grau de discricionariedade da autoridade militar no exercício do comando da unidade, subunidade, fração de tropa ou da missão, especialmente, nas situações de preparo e emprego operacional.

As condições de saúde, higiene, alimentação e segurança no trabalho dos militares são regidas por legislação comum e infralegal (editada para cada Força),

⁴ Legislação disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em 09/06/2016.

⁵ Tabela dos soldos dos militares das Forças Armadas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13321.htm>. Acesso em: 15/08/2016.

que tem sido objeto de fiscalização direta ou incidental por diversas agências (ANVISA, OACI, Ministério Público brasileiro, Secretarias dos estados e municipais, etc.); não havendo relatos (quantitativo) e constatações (qualitativa) que possam caracterizar, ao menos no âmbito de atuação da Procuradoria de Justiça Militar de Curitiba/PR, condições degradantes na exploração do trabalho dos militares. Para Andrade (2005), degradante é o trabalho que priva o trabalhador de dignidade, que o rebaixa e o prejudica a ponto, inclusive, de estragar, deteriorar sua saúde.

Entretanto, não há como negar que o trabalho militar, organizado com base na hierarquia e disciplina e rígida mobilidade hierárquico-funcional, demanda elevado grau de sacrifício (“penosidade”) pessoal e familiar e de riscos, principalmente, nas unidades de emprego operacional. Por isso, consoante excelente e recente estudo elaborado por Barbosa (2016), balizada em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal Militar, a “tutela da hierarquia e disciplina militar” e interpretação do regime jurídico especial que rege os militares devem ter, igualmente, em destaque o princípio da dignidade da pessoa humana.

Acerca dos especialíssimos bens jurídicos da hierarquia e disciplina militar, importante reconhecer que estes têm sido ferramenta universal para a existência sustentável dos exércitos, imprescindível para a eficácia do emprego militar e norma-princípio para a inequívoca e relevante subordinação das Forças Armadas aos poderes constituídos (pela vontade do povo, nos regimes democráticos).

No Brasil, a hierarquia e – disciplina militar – igualmente reconhecidas e valorizadas pelo nosso Estado de Direito Democrático, ao ponto de estarem positivadas em todas as constituições federais republicanas e reafirmadas no art. 142 da CF/88, como bens jurídicos tutelados – deixaram de ser conceitos privativos dos exércitos, destinados apenas a manutenção da coesão e disciplina

de um corpo armado – e, por isso, superprotegidos como fins em si mesmos – para evoluírem e, hodiernamente, alcançaram o reconhecimento de bem jurídico instrumental, cuja finalidade é promover a eficiência no cumprimento da sua missão constitucional (RIONDATO, 1998; SANCHEZ, 2007).

Portanto, a hierarquia e disciplina militar revelam-se (e classificam-se) como bens jurídicos de interesse social e pertencentes à coletividade, uma vez que estão diretamente relacionadas com valores supraestatais, como o regular funcionamento da democracia e dos poderes constituídos, a paz interna, a segurança pública, a defesa nacional e, como *ultima ratio*, a sobrevivência do Estado (SANCHEZ, 2007).

Todas essas demandas e valores peculiares do trabalho militar, aliadas à ausência do reconhecimento de maiores direitos sociais do trabalhador (comum) e servidor público, por vezes, causam (ou potencializam) incompreensões, frustrações, sofrimento, distensões relacionais, adoecimento e desvios de condutas, culminando com diminuição da eficiência funcional, faltas disciplinares (punidas com restrição de liberdade) e até vulnerabilidades à prática de ilícitos, o que será mais bem abordado, a seguir, no estudo da psicodinâmica do trabalho militar.

2.2. Psicodinâmica do trabalho militar

A psicodinâmica do trabalho, disciplina que emprega os conhecimentos da psicologia, da psicanálise, da ergonomia e da sociologia do trabalho para investigar as interações entre organização do trabalho e saúde mental, nasceu na França com Christophe Dejours e tem no Brasil, desde a década de 1980, um grande polo de pesquisa e intervenção com as mais diversas categorias profissionais. Para esta disciplina, o trabalho é uma categoria central na constituição da identidade do ser humano, fonte de saúde, prazer e integração com o mundo (MERLO e MENDES, 2009).



2.2.1. Psicodinâmica do risco de dependência química no trabalho militar

Estudos da psicodinâmica do trabalho desenvolvidos no Brasil, nas duas últimas décadas, buscaram compreender as implicações da “organização do trabalho militar” sobre a saúde do trabalhador militar de diversas carreiras.

Inquéritos populacionais envolvendo militares brasileiros de diversas carreiras verificaram que o orgulho e o *status* de pertencer a uma instituição que realiza um importante trabalho para o país é um dos sentimentos de prazer citados pelos trabalhadores militares ao falarem de seu trabalho. Outro fator bastante referido é a segurança profissional e financeira percebida em relação à estabilidade no emprego e planificação da carreira (FONTES, 2008).

Entretanto, verificou-se que o abuso de substâncias é um fator de risco presente para esta categoria profissional e que aspectos ligados à organização do trabalho e ao exercício da atividade castrense (caracterizada por forte hierarquia e grande responsabilidade), mais que fatores de ordem individual ou social, podem contribuir para a dependência, sugerindo, portanto, que o enfrentamento da questão deve situar-se no campo da organização do trabalho (BARCELOS, 1999; FONTES, 2008).

Pesquisas apontam que os sujeitos que utilizam drogas no ambiente de trabalho buscam neste recurso a vivência artificial da sensação de euforia e prazer que desejam experimentar no trabalho. O abuso de substâncias pode ser usado como recurso para reduzir o sentimento de “impotência” diante da rigidez da organização do trabalho; para reduzir o sentimento de “frustração” em relação às expectativas profissionais e o pouco reconhecimento no trabalho (LIMA, 2010).

De acordo com Mendes (2015), os sentimentos de impotência e de frustração, quando não são enfrentados no início pelo recurso da “mobilização subjetiva”, acabam articulando-se em eixos de sintomas, que começam com a utilização de defesas psíquicas individuais que avançam para o coletivo, chegando

ao adoecimento psicossocial como desfecho, que no caso dos militares pode ter consequências disciplinares e criminais.

No eixo da impotência, as defesas para fugir deste sentimento levam à distorção na comunicação, individualismo, virilidade como estratégia de convivência, cinismo, banalização do mal, servidão voluntária, passividade e apatia. No campo patológico, o desfecho são os comportamentos classificados como “normopatia” e “sociopatia”, que elevam o risco de violência no trabalho, assédio e suicídio. Substâncias entorpecentes podem também ser um recurso para escapar ao sentimento de impotência.

Já no eixo da frustração, as defesas para fugir deste sentimento levam à busca de compensações (nos alimentos, no consumismo, no jogo, nas drogas), que devido à repetição crônica podem tornar-se compulsões, cujo desfecho é a dependência dos objetos de compensação, incluindo a dependência de substâncias entorpecentes, com indesejáveis reflexos na produção e relações laborais.

2.2.2. Psicodinâmica no enfrentamento de riscos no trabalho

As reflexões teóricas a respeito da psicodinâmica do trabalho militar, em especial acerca da organização do trabalho, como possíveis explicações para o aumento do risco para a dependência química permitem também discutir caminhos para a prevenção e enfrentamento destes riscos; neste processo, os conceitos de “mobilização subjetiva” e de “ressonância simbólica” são centrais.

Mendes (1995) defende que o sofrimento oriundo da rigidez da organização do trabalho pode ser transformado em criatividade através da “ressonância simbólica” e do espaço de discussão (uma das dimensões da “mobilização subjetiva”).

Denomina-se “mobilização subjetiva” o conjunto de recursos psicossociais (constituído por quatro dimensões: inteligência prática, espaço de discussão, cooperação e reconhecimento) que todo trabalhador utiliza para lidar

com o “real do trabalho”, enfrentando seus dilemas éticos e sofrimentos, de forma a chegar satisfatoriamente ao alto desempenho, produtividade e prazer que o trabalho e a relação com o coletivo de trabalho devem proporcionar, permitindo a vivência de cooperação, reconhecimento e ressonância simbólica (MENDES e ARAÚJO, 2012).

A “ressonância simbólica” ocorre quando as representações simbólicas individuais são articuladas com as representações sociais (compartilhadas no mundo real do trabalho), permitindo sublimar o sofrimento e vivenciar prazer no trabalho: a “ressonância simbólica” é a reconciliação entre os desejos do inconsciente e os objetivos da produção no trabalho.

Em organizações estruturadas por mobilidade e normas rígidas, o espaço para “ressonância simbólica” é limitado pelas exigências de responsabilidades, separação entre trabalho real e prescrito e também pela hierarquia, que separa a concepção da execução. O espaço de discussão é um recurso, construído pelos próprios trabalhadores, que resgata o espaço para a “ressonância simbólica”, proporcionando momentos em que se partilham experiências de cooperação, confiança e regras comuns de convivência e trabalho, o que resgata e fortalece o sentido de pertencimento.

Na Psicodinâmica do Trabalho (DUARTE, 2014), a circulação da palavra está no centro do processo de construção coletiva de boas relações no trabalho, com base na solidariedade, cooperação, reconhecimento. Ocorre que, ao experimentar o reconhecimento, o trabalhador sente-se aceito, admirado e liberto-motivado para expressar-se livremente: desse modo, o trabalho deixa de ser espaço de alienação e de sofrimento – produzir somente para sobreviver – e volta ao seu papel original de espaço para constituição do sujeito, construção de cidadania e produção com prazer.

Numa perspectiva de garantia de direitos humanos e trabalho, as reflexões teóricas a respeito da psicodinâmica do trabalho militar, bem como

acerca da organização do trabalho, como possíveis explicações para o aumento do risco para a dependência química permitem abordar, na forma macro de política pública, o potencial preventivo de projetos de mobilização subjetiva para abertura de espaço de discussão e cooperação no ambiente de trabalho, visando o enfrentamento do risco de uso de entorpecentes por jovens militares das Forças Armadas, em especial os recrutas.

3

DIREITOS FUNDAMENTAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS E A ATUAÇÃO RESOLUTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição da República de 1988 dotou o Ministério Público de inédito perfil *jusfuncional*, estabelecendo novas regras e exclusivas atribuições, tudo para o bom desempenho da “vocação social que lhe foi cometida pelo poder constituinte originário”, com o novel Estado de Direito Democrático.

Nas palavras de Jatahy (2012), a Constituição Federal, ao

(re)definir a Instituição (velha conhecida da sociedade, especialmente em virtude da acusação penal), modificou-lhe a essência, numa mudança conceitual e paradigmática nunca vista: conferindo-lhe nova função institucional, como agente de transformação social, vinculando sua atuação, primordialmente, à função de órgão agente e defensor direto dos interesses de relevância social (ombudsman).

Assim, passa o Ministério Público a ter um importante papel como “Instituição mediadora de conflitos de interesse sociais, sendo constitucionalmente lançado ao exercício de uma magistratura ativa na defesa da ordem jurídica-democrática”, nas palavras do então Ministro Sepúlveda

Pertence, em voto proferido no Mandado de Segurança nº 21.239-DF (JATAHY, 2012; STRECK, 2005).

Para Almeida (2012), é preciso que os integrantes do Ministério Público substituam o modelo ministerial “demandista” (atuante perante o Poder Judiciário, como agente processual, concentrando nesse órgão a resolução dos problemas sociais) pelo modelo “Ministério Público resolutivo”, que atua intensamente no plano extrajurisdicional, como grande intermediador e pacificador da conflitualidade social, proporcionando o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma ordem jurídica realmente mais legítima e justa.

Para tanto, os integrantes (Membros e Servidores) do “Ministério Público resolutivo” devem construir a autoimagem de “verdadeiros trabalhadores sociais, cuja missão principal, na atuação prática, é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais” (ALMEIDA, 2012).

Ora, se ao Ministério Público, como Instituição permanente, incumbe a defesa dos direitos fundamentais e do regime democrático, a ele deve incumbir, igualmente, a “defesa preventiva da sociedade”, pois essa é a mais genuína forma de tutela jurídica no Estado Democrático de Direito (arts. 1º, 3º, 127 e 129, da CF/88). Portanto, a “legitimação social” para o Ministério Público “promover prioritariamente a tutela jurídica preventiva” decorre do princípio da prevenção geral inserido, como diretriz, no princípio democrático (art. 1º da CF/88).

Assim, por meio da “tutela jurídica preventiva”, poderá ser atacada, diretamente, uma das dimensões do ilícito, elidindo a sua prática, continuidade ou repetição. Com isso, evitam-se futuros danos, que é objeto da “tutela jurídica

repressiva”, mais precisamente a ressarcitória; geralmente, insuficiente para a completa restauração da realidade social deformada pelo ilícito.

O que adianta somente punir criminalmente sem compreender, por intermédio de estudos e dados estatísticos, as causas dessa criminalidade? Pois são justamente essas causas que devem ser atacadas com prioridade. A exigência de “políticas públicas”, “afirmação dos Direitos Humanos” e/ou realização de “projetos sociais” nesses casos são fundamentais.

Portanto, na área criminal, é imprescindível a inserção pessoal dos integrantes do “Ministério Público resolutivo” no seio da sociedade, para que venham a se inteirar das verdadeiras causas da criminalidade e, então, fomentar e exigir políticas públicas específicas do Poder Público nesse sentido; além, é claro, de atuar nas investigações das condutas que mais abalam a sociedade, de forma a combater com rigor e eficiência o crime organizado e permitir que o Direito Penal tenha eficácia social, conclui Almeida (2012).

No campo da Política, esses mesmos ideários de controle da omissão (ou ineficiência) administrativa e de “atuação resolutiva e social” pelo Ministério Público tem legitimado a participação da Instituição no desenvolvimento e concretização das “políticas públicas nacionais” (sobre drogas), ou seja, da implementação de programas, projetos e ações que tenham como objetivo principal intervir em realidades sociais estruturalmente desiguais, com finalidade-necessidade de promoção mais equânime dos direitos, vantagens e riquezas, isto é, dos bens sociais entre os membros de determinada sociedade (PAIVA, 2013). A base axiológica dessas medidas e mecanismos de inclusão social pode ser sintetizada na ideia de se tratar desigualmente os desiguais, como consagrada na “oração aos moços”, de Rui Barbosa, proferida em 1921.

Ombreando-se com a tutela preventiva e a implementação dos direitos fundamentais no âmbito do “neoconstitucionalismo” (BARROSO L., 2007 *apud* ALMEIDA, 2012), os “projetos sociais” têm-se revelado em mecanismos legítimos que poderão potencializar a atuação social do Ministério Público, especialmente na direta promoção da transformação da realidade, de forma resolutiva, cooperativa e pedagógica (arts. 3º, 127, *caput*, e 129, da CF/88).

Alguns ramos do Ministério Público já institucionalizaram (e até normatizaram) a utilização desses mecanismos resolutivos, por meio do uso de “PROMOS⁶ - Procedimentos Promocionais” e de “projetos sociais”, como legítimo meio de atuação social de seus integrantes:

Art. 1º O Projeto Social objetiva, por meio de um conjunto integrado de atividades e da articulação interinstitucional, transformar uma parcela da realidade, reduzindo, eliminando ou solucionando um problema e/ou promovendo a tutela dos direitos ou interesses tuteláveis pelo Ministério Público, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil e da legislação aplicável.

Parágrafo único. O membro do Ministério Público poderá atuar como coordenador do Projeto Social ou parceiro de instituição pública ou privada sem fins lucrativos e que tenha entre seus objetivos estatutários a promoção de direitos ou interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis.⁷ (destaquei).

(Resolução conjunta nº 03/11, da Procuradoria-Geral de Justiça e Corregedoria-Geral do Ministério Público de Minas Gerais)

Interessante notar que iniciativas isoladas, ancoradas nas principiologias que devem reger a atuação resolutiva do Ministério Público e, em especial, na

⁶ PROMOS são PROCEDIMENTOS (expedientes extrajudiciais) PROMOCIONAIS que têm por objeto a efetivação dos direitos fundamentais por meio de ações resolutivas de natureza promocional, no âmbito do MPT.

⁷ Disponível em: <https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-C550-28-resconj_pgj_cgmp_03_2011.pdf>. Acesso em: 11/6/2016.

“tutela da multifuncionalidade dos direitos fundamentais”, têm sido o ponto de partida para o desenvolvimento e legitimação de “técnicas de atuação flexibilizadas” para atender as necessidades desses direitos materiais (no caso em concreto), mesmo que não previstas expressamente em lei, como já ocorre em diversos ramos do Ministério Público. É preciso pensar além dos padrões estabelecidos (e do cartesianismo legalista) para encontrar soluções sociais e jurídicas eficazes, quando faltam recursos e as normas e mecanismos de controle estatais revelam-se pouco eficientes.

Semelhante fenômeno está acontecendo na PJM/Curitiba, que tem com área de atribuição os estados do Paraná e Santa Catarina, onde se concentram a maior incidência do crime militar de “tráfico e posse de substâncias entorpecentes” praticado por jovens militares, motivo pelo qual se identificou a necessidade de compreender melhor as causas desse problema e desenvolver medidas e ações de prevenção e redução dessa elevada taxa de incidência criminal, valendo-se, para tanto, dos princípios e objetivos⁸ do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), instituído pela Lei nº 11.343/2006, que atribui ao Ministério Público a responsabilidade de cooperação com as atividades do SISNAD, em especial, na abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a

⁸ Art. 4º O Sisnad tem os seguintes princípios: [...]

III – a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados; [...]

V – a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do SISNAD; [...]

VIII – a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;

IX – a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; [...]. (destaquei) (Lei nº 11.343/2006).

natureza complementar das atividades de prevenção, reinserção e repressão como forma de integração entre essas políticas e ações setoriais do Poder Executivo.

De acordo com as políticas públicas nacionais sobre drogas, constituem “atividades de prevenção: aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção”, que têm como princípios e diretrizes⁹, entre outros, o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade (militar) à qual pertence; a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, se necessário, por meio do estabelecimento de parcerias; assim como a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas nas instituições de ensino público (civil e militar) e privado.

⁹Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

[...]

IV – o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias;

V – a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas; [...]

VII – o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas; [...]

IX – o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida;

X – o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino;

XI – a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas; [...]. (Lei nº 11.343/2006).

Para Melo Fonte (2013), em que pese a importância da Lei nº 11.343/2006, esta não se revela como verdadeira política pública, para fins jurídicos, uma vez que se apresenta como sistema legal com pretensão de vasta amplitude (normas-gerais ou leis-quadros), sem a necessária garantia de que o Estado praticará qualquer ação concreta para implementá-la.

Ao abordar a eficácia vertical dos direitos fundamentais, Sampaio (2012) leciona que o “Executivo, embora historicamente seja sempre identificado com o centro das ameaças aos direitos, é hoje responsável de ‘execução’ e ‘fomento da política de direitos fundamentais.’” E, continua:

Executa-a, quando respeita os direitos, fazendo ou deixando de fazer algo, mas também quando faz respeitar. Executa-a, ainda, quando promove medidas e prestações que se destinam a efetivar os direitos. Fomenta-a por meio de programas e ações que visam a uma pedagogia da cultura e práxis dos direitos fundamentais. A discricionariedade administrativa no âmbito dos direitos [fundamentais] está restringida pelos resultados: os meios que o administrador escolhe para cumprir suas tarefas, [...]. (Destaquei).

Além desse protagonismo do Poder Executivo, os Poderes Legislativo e Judiciário têm destacado papel de deveres e responsabilidades na realização dos Direitos Fundamentais aos seus destinatários. Outra forma de “induzir e mediar a concreção das políticas públicas”, no atual desenho do Estado Democrático de Direito (arts. 1º, 3º, 127 e 129, da CF/88), inclusive no âmbito do Ministério da Defesa e Comandos Militares, revela-se por meio da atuação transformadora e resolutiva do Ministério Público Militar como “legitimado social, garante, parceiro”¹⁰ e propulsor dos princípios e objetivos de direitos fundamentais

¹⁰ As expressões “parceira”, “mediador” e “indutor” são utilizadas por Fontes (2006, pp. 150 e 153/157) ao justificar que o papel do atual Ministério Público deveria se aproximar às características e atribuições do *ombudsman*, numa dimensão propriamente política.

contidos nessas “promessas de fundo ético-político-jurídico”¹¹ sobre drogas, papel que a PJM/Curitiba tem buscado desenvolver, no campo da prevenção, consoante será apresentado a seguir.

4

DESENVOLVIMENTO E EXECUÇÃO DO PROJETO SOCIAL “NAVEGANDO COM A ASSITÊNCIA INTEGRADA”

4.1. Situação-problema

Em um contexto de prevalência da prevenção (e não criminalização) ao uso indevido de drogas na sociedade, estabelecido pela atual política nacional sobre droga (introduzida pela Lei nº 11.343/2006 e regulamentada pelo Decreto nº 5.912/2006), o jovem militar traz este dado sócio-jurídico como fato e, apesar de inserido em ambiente rico em valores e oportunidades (exercício físico, camaradagem, importância social, trabalho remunerado, aprendizado geral e de atividade específica de segurança e função administrativa, etc.) acaba trazendo consigo, guardando, fazendo uso e até vendendo drogas em local sujeito à administração militar e/ou quando de serviço (fatos que, na justiça militar, são tipificados como crime); e, conseqüentemente, quando descobertos, por ocasião das frequentes revistas inopinadas (corporal, armários e pertences pessoais), são presos em flagrante delito e indiciados.

Ao longo do primeiro semestre de 2015, os Membros da PJM/Curitiba, – tiveram a percepção de que a ocorrência de investigações decorrentes do delito

¹¹ Expressão utilizada por Fauzi H. Choukr (FAUZI H. CHOUKR, 2012, p. 487/488) como sinônima de “Políticas Públicas”.

previsto no art. 290 do CPM haviam aumentado expressivamente, em especial no estado de Santa Catarina, o que se confirmou ao término daquele ano.

Dados da justiça militar (STM, 2015), divulgados em meados do segundo semestre de 2015, apontaram que, no período de 2002 a 2012, houve aumento de 200% na incidência de ação penal militar decorrente do tráfico ou porte de drogas; em que 85% dos réus são cabos, soldados e marinheiros, na faixa etária de 18 a 21 anos. Contudo, ao se incluir, nesse estudo, os anos de 2013 e 2014, verificou-se exponencial crescimento, atingindo a taxa de 337,5%, no período de 2003 a 2014, consoante revelou Stochero (2015).

A partir do teor dos interrogatórios e oitivas de testemunhas, ao longo das instruções criminais na Auditoria da 5ª Circunscrição Judiciária Militar (5ª CJM), e, ainda, das entrevistas com os presos, na carceragem das unidades militares, e respectivos comandantes destas, por ocasião da realização das inspeções carcerárias anuais e extraordinárias, estabelecidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), verificou-se que, por ocasião da formação básica militar dos recrutas e ao longo da rotina laboral castrense, são realizadas, para todos os Soldados e Cabos, exaustivas medidas de conscientização acerca dos malefícios à saúde e, ainda, da ilicitude dessas condutas (palestras com profissionais da área de saúde, diversas reuniões com comandantes e assessores jurídicos), assim como constantes ações de monitoramento e controle (revistas inopinadas e atividade de inteligência).

Apesar dessas intensivas ações e medidas de controle formal do Estado, a incidência de crimes militares envolvendo drogas ilícitas continua elevada. E mais, verificou-se, ainda, que vários outros delitos praticados por jovens militares, tais como “furto simples” (de dinheiro, cartão bancário com senha, tênis e celular de colegas de caserna), “furto qualificado” (arma de fogo, notebook, impressora,

etc.), “deserção”, “abandono de posto”, “dormir em serviço”, possuíam conexão ou decorriam do uso de drogas, consoante declarado pelos próprios militares (réus). Acerca da criminologia militar, específica por integrantes do serviço militar obrigatório, revelam-se interessantes os estudos realizados pelo CESDIM¹² (ARRUDA, 2007) e, também, por Rejane Barbosa (2016), este específico para as questões sócio-econômicas dos delitos de deserção nos estados do Paraná e Santa Catarina.

Diante dessa situação-problema – ineficiência estatal na redução da criminalidade por jovens militares – o que pode ou deve ser feito?¹³ Continuar agindo como Ministério Público cartorial, cartesiano, analógico e demandista (atuante quase que exclusivamente perante o Poder Judiciário) ou desenvolver e implementar uma atuação ministerial resolutiva (comprometida com a realidade e necessidades sociais)?

A partir de inspeção carcerária¹⁴ extraordinária realizada na Escola de Aprendizes-Marinheiros de Santa Catarina (EAMSC) – onde se encontrava preso, há 18 meses, um Marinheiro reformado acusado do delito de tráfico de drogas – surgiu a ideia e necessidade-oportunidade de desenvolver um “projeto social de prevenção ao uso de substâncias entorpecentes”, para os militares-alunos daquela EAMSC, que fosse realizado dentro do ambiente de trabalho (quartel)

¹² CESDIM – Centro de Estudos de Direito Militar. Pesquisa publicada em *O uso político das Forças Armadas: e outras questões militares*. ARRUDA, João R. Rio de Janeiro: Maud X, 2007, pp. 115/123.

¹³ No mesmo sentido e inquietação, “Drogadição e Forças Armadas” (PEREIRA, 2010).

¹⁴ Diante da principiologias da atuação resolutiva e preventiva do Ministério Público, as inspeções carcerárias revelam-se como excelentes oportunidades fática, jurídica e logística para fortalecimento da imagem institucional, interlocução interinstitucional e atuação pedagógica no controle externo da atividade policial, além de proporcionar conhecimentos acerca das instalações, rotinas e necessidades das respectivas Organizações Militares.

e priorizasse o campo afetivo (“mobilização subjetiva” e “ressonância simbólica”) e a conexão empática-funcional como diferenciais em relação às demais ações e programas já desenvolvidos, que tinham como foco principal o campo cognitivo (“conscientização”): *i. ex.*, instrução militar em auditório (ou sala de aula) ou com a tropa em forma, utilizando técnicas de aula expositiva ou palestra.

4.2. Expectativas dos patrocinadores e interessados no projeto

Diferentemente da maioria das demais unidades militares das Forças Armadas, onde há a predominância de Recrutas, na Escola de Aprendizes-Marinheiros de Santa Catarina aproximadamente 80% do efetivo dos jovens militares é composto por Grumetes/Aprendizes-Marinheiros, que ingressaram na Marinha do Brasil por meio de concurso público (nível médio). Ao término do curso de formação de 48 semanas, esses Aprendizes-Marinheiros tornar-se-ão militares de carreira que poderão alcançar a graduação de Suboficial.

Mesmo dentro desse contexto de voluntarismo, esforço na aprovação em concorrido concurso público e oportunidades (e estabilidade) existentes na carreira militar; no período de 2010 a 2014, a média de jovens militares do efetivo da EAMSC flagrados na posse de drogas foi de 04 por ano.

De certa forma, nos últimos anos, a EAMSC já havia realizado e esgotado todos os “mecanismos formais” de prevenção e controle para essas condutas ilícitas: situação que trazia elevada preocupação àquele Comando; e que, por isso, proporcionou a receptividade e comprometimento necessários com o desenvolvimento do projeto (ainda incipiente, naquela época) proposto pela PJM/Curitiba.

4.3. Escopo do projeto

Além da parceria firmada entre a PJM/Curitiba e a EAMSC, o trabalho foi desenvolvido com a atuante colaboração da Organização Não-Governamental Vida Limpa, sediada em Florianópolis/SC, colaboradores e apoiadores.

O projeto foi tematicamente batizado de “Navegando com a Assistência Integrada”¹⁵ e teve como propósito conscientizar os marinheiros em formação na EAMSC, com idades entre 18 e 24 anos, sobre os riscos e danos associados ao consumo de drogas (e dependência química) e explorar a transmissão de valores de vida e comportamentais (ética e cidadania).

Juízos éticos não se aprendem unicamente pelo raciocínio; a sua compreensão exige, sempre, um mínimo de sensibilidade emocional, que por sua vez comanda a vontade; por isso, ensina Comparato (2006) que “juízos éticos não são feitos somente de razão, mas também de indignação e vergonha, de ternura e compaixão.” No mesmo sentido, assevera Sen (2011) que “Direitos Humanos são declarações éticas realmente fortes sobre o que deve ser feito”.

Portanto, um dos diferenciais do projeto desenvolvido na EAMSC – em relação às tradicionais instruções realizadas pelas demais unidades militares – foi a abordagem afetivo-humanista, com foco no indivíduo e seu contexto sociocultural, buscando, não apenas, desestimular o uso inicial de álcool, cigarro e outras drogas (lícitas e ilícitas), mas também e, principalmente, trabalhar valores

¹⁵ A ideia é que cada Organização Militar adote o nome que seja mais adequado com a sua atividade e abordagem. No âmbito da PJM/Curitiba, deu-se o nome “Projeto social MAIS QUE VENCEDORES”.

de vida como amor próprio, respeito, confiança, responsabilidade, espiritualidade, comprometimento, família, dignidade, projetos para a vida, trabalho, cuidado humano, entre outros).

Os resultados esperados com a intervenção concentraram-se na redução de ilícitos (criminais e disciplinares), melhoria na conexão empática-funcional (pertencimento e sentimento de valorização) e na eficácia laboral (comprometimento e rendimento escolar) dos jovens militares em formação.

4.3.1. Cronograma das fases do projeto

Elaboração: maio a julho de 2015.

Início da execução: agosto/2015.

Término da execução: novembro/2015.

Avaliação e divulgação dos resultados: dezembro/2015 a junho/2016.

4.3.2. Avaliação do projeto (indicadores)

O acompanhamento da execução do projeto foi realizado com base nas ações realizadas, de acordo com o cronograma estabelecido.

Encerrada a execução do projeto, o impacto da realização da ação em cada pelotão foi avaliado e os conhecimentos e experiências adquiridos durante a execução do projeto foram registrados em Diário de Campo (CARVALHO, 2015).

Nesse projeto foram utilizados como indicadores (a serem alcançados):

- a) melhora no rendimento escolar no curso de formação;
- b) redução de alunos em recuperação no curso de formação;

- c) redução de comunicação e apuração de transgressões disciplinares;
- d) redução de delitos de menor potencial ofensivo (furtos, ofensas, ameaças, vias de fato);
- e) valorização das lideranças positivas;
- f) fortalecimento do espírito de grupo e do controle social dos pares sobre o indivíduo;
- g) metanoia¹⁶ acerca do uso de drogas lícitas e ilícitas.

4.4. Metodologia de intervenção

A intervenção desenvolveu-se por meio de uma reunião geral, de abertura do projeto, ocorrida no dia 10/08/15, com a presença e intervenção de todos os atores e destinatários deste: cerca de 532 militares¹⁷. Divulgou-se, nessa e em várias outras ocasiões, que, ao término do projeto, seria realizada uma grande gincana cultural, com premiação, envolvendo os temas e conteúdos desenvolvidos nas atividades.

A seguir, sucederam-se reuniões semanais para pequenos grupos (no caso, cada um dos 14 Pelotões [turmas de aula], com 38 militares cada), conduzidas pelo Diretor-Presidente¹⁸ da ONG Vida Limpa e acompanhadas somente pelos profissionais do Núcleo de Assistência Social da EAMSC: psicóloga, assistente social e assessora jurídica, compromissadas a manter o sigilo profissional do conteúdo tratado nesses encontros.

¹⁶ Palavra utilizada com o sentido de “mudança no pensamento ou no sentimento”; ou “mudança do que um indivíduo está vivenciando para um novo modo de viver”.

¹⁷ Composição do público-alvo: 456 Aprendizes-Marinheiros/Grumetes e 76 Marinheiros-Recrutas.

¹⁸ Sr. Sandro Marcos da Silva Santos.

Cada reunião teve a duração média de 90 minutos: ambientação (10 min), “exposição dialogada” (50 min) e intervenções dos participantes/espço de discussão (30 min). Iniciava-se com ambientação (atividade de roda ou musicalização) destinada a criar informalidade, conexão e identidade entre todos os participantes da atividade, como indivíduos e grupo de trabalho, proporcionando a operacionalização das dimensões da “mobilização subjetiva”. Todos eram orientados a utilizar roupas confortáveis (abrigo/agasalho de educação física) para se sentarem no chão da sala de atividade, comunicarem-se visualmente e se movimentar durante as dinâmicas de grupo desenvolvidas.

A seguir, além dos aspectos farmacológicos e efeitos na higidez física e mental do usuário, eram abordados, de forma participativa, os já mencionados valores de vida (amor próprio, respeito, verdade, confiança, responsabilidade, espiritualidade, comprometimento, família, dignidade, projetos para a vida, trabalho, cuidado humano, entre outros), comportamentos atitudinais (relacionamentos, contentamento, amizades), assim como testemunhos e relatos de ex-usuários e dependentes químicos e de familiares. Adotaram-se muitas técnicas e princípios já utilizados por grupos ou instituições de recuperação e reinserção social de alcoólicos ou dependentes químicos, como AA (alcoólicos anônimos), NA (narcóticos anônimos), clínicas especializadas ou ONG especializadas nessa temática. As abordagens trabalharam a dimensão indivíduo, grupo e social dos participantes, bem como formas de lidar com questões comportamentais e relacionais do passado, presente e futuro (próximo e distante), no que se referem às drogas. Para o campo do Direito e Filosofia, o projeto social aplicou os conceitos de “ética” e “cidadania”, também previstos nos princípios e objetivos que regem o SISNAD¹⁹.

¹⁹ Art. 4º, incisos III e VIII, e art. 19, incisos IV e V, da Lei 11.343/2006.

O diferencial na realização deste projeto não se traduziu pela forma nem pelos conteúdos dinamizados, que seguem protocolos já consagrados por este tipo de intervenção preventiva de educação em saúde mental. A inovação da proposta esteve nas bases teóricas que justificaram que as intervenções fossem realizadas no espaço de trabalho (militar), que se tornou espaço legítimo de fala (espaço de discussão) sobre os “sofrimentos”²⁰ ali vivenciados, legitimando este espaço também como o espaço do uso da inteligência prática, da cooperação e do reconhecimento individual e grupal, nessa temática extralaboral, e ainda o trabalho como espaço de ressignificação do sofrimento, espaço de saúde e de prazer.

Os encontros encerravam-se de forma simples, com uma mensagem de valorização da vida (ética, saúde e cidadania) e disponibilizando a instituição parceira (ONG Vida Limpa) para prestar melhores esclarecimentos (divulgação dos contatos), apoio a familiares ou amigos, receber visitas de estudo. Sempre que possível, era proporcionado para que os militares (que desejassem) tivessem tempo e autorização para dialogar com o palestrante.

Como encerramento desse percurso, foi realizada gincana cultural, no dia 29/10/15, com a participação voluntária de todos os 14 Pelotões (532 militares-alunos), disputando a premiação anunciada: passeio no parque Beto Carreiro (a 100 Km da EAMSC), com entradas, alimentação e transporte custeados²¹ pela EAMSC, PJM/Curitiba e apoiadores-colaboradores do projeto.

²⁰ Todo trabalho representa sofrimento (deixar a família, o conforto do lar, submeter-se a ordens, prazos, metas etc.); por isso, torna-se necessário (e possível) que o trabalho tenha significação (consciente), a fim de que ele (trabalho) possa ser criativo, produtivo e ético, gerando pertencimento e realização, o que, na psicodinâmica do trabalho, denomina-se “sofrimento criativo”.

²¹ A alimentação de 40 militares da EAMSC, no interior do Parque - que não permite

A tarefa cultural consistiu na realização de uma apresentação artística (criativa) envolvendo o tema prevenção ao uso de drogas. Além de ter sido uma grande e divertida festa, o evento permitiu a vivência de todas as dimensões da “mobilização subjetiva”. Ao final, dois jovens militares protagonizaram, espontaneamente, um espaço de discussão coletiva para compartilhar suas experiências acerca do sofrimento em relação ao uso de drogas e seus impactos na vida pessoal e da família, o que “comoveu e edificou a todos” demonstrando que o grupo conseguiu superar, por meio da “fala” e da “ressonância simbólica” (em clara conexão empática-funcional), as barreiras que mantêm separados os mundos subjetivo e coletivo, caminhando para um estado mais saudável de convivência com colegas de profissão, compartilhando e praticando a cooperação e o reconhecimento.

Afinal, de acordo com a psicodinâmica do trabalho (MENDES, 2015), mais que retribuição financeira, reconhecimento é o conjunto de espaços e interações, no ambiente de trabalho, em que o trabalhador se sente aceito, admirado e se expressa livremente, fazendo do trabalho, mais que um fator de sobrevivência, um espaço de construção de cidadania, de prazer e, no caso deste projeto, o reconhecimento mútuo dos investimentos e dificuldades de cada um na prevenção e superação de um problema que coloca em risco a saúde e a carreira de cada jovem militar participante.

Esse mesmo sentimento de prazer, utilidade social e realização pessoal – em poder fazer diferença na vida das pessoas e melhor cumprir as atribuições funcionais (atuação resolutiva e transformadora) – revelou-se nos relatos de

a entrada de alimentos e bebidas - foi custeada, em rateio, pelos 03 Membros da PJM/ Curitiba e apoiadores: Advogadas Maria do Carmo Rapetti (Piva Rapetti Advocacia) e Rebecca de Carvalho (Eufrosino da Silva de Carvalho Advocacia).

vários destinatários e realizadores do projeto social, inclusive nos integrantes da PJM/Curitiba.

4.5. Discussão e desdobramentos do projeto-piloto

Observou-se que vários indicadores foram alcançados por meio do projeto. Dentre eles, os que mais se destacam são os comportamentais (melhoria do rendimento escolar e diminuição de contravenções disciplinares). Houve apenas uma ocorrência do delito capitulado no art. 290 do CPM durante o semestre em que o projeto foi desenvolvido (o Pelotão do militar flagranteado ainda não tinha participado da reunião do projeto com a ONG).

No que se refere aos indicadores de percepção subjetiva, os Comandantes de Pelotão e Instrutores declararam que “ficou mais fácil” desenvolver as atividades de formação militar e “conduzir a tropa”. E isso não ocorreu por acaso: os resultados produzidos pelo projeto na valorização das lideranças positivas legitimaram-nas a exercer controle social no próprio grupo, e obter deste a consequente aceitação deste controle horizontal (o mais eficaz que pode existir).

Sandro Marcos, Diretor da ONG Vida Limpa, destacou que a abordagem humanista e afetiva adotada pelo projeto, por si só, já foi o suficiente para que os jovens militares se sentissem valorizados (e cuidados) como indivíduos e pertencentes ao corpo de militares da instituição Marinha do Brasil e, assim, correspondessem positivamente aos estímulos do projeto.

Além dos referidos testemunhos espontâneos, ocorridos na gincana cultural, integrantes de dois pelotões realizaram visita à sede da ONG parceira e entrevistaram alguns “moradores da casa” de reinserção social, compartilhando

essas experiências com o grupo maior durante o evento de encerramento, o que demonstrou envolvimento e internalização com a temática.

A avaliação do Comando da EAMSC e profissionais do Núcleo de Assistência Social foi pela aprovação e replicação do projeto, com mais intensidade, para o ano de 2016; o que tem sido realizado, desde o início deste ano-letivo. Neste ano, até a última aferição (31/03/2016), não houve apreensão de drogas na posse de militares de serviço ou no interior da EAMSC.

No mesmo sentido, a PJM/Curitiba/PR e os colaboradores²² têm divulgado os resultados desse projeto para os comandos militares e respectivas assessorias jurídicas, estimulando-os a desenvolverem projetos, programas e ações preventivas semelhantes, em parceria com o Ministério Público Militar e a sociedade civil organizada local, o que já resultou, neste ano (2016), na adesão e ampliação do projeto para 10 organizações militares, nas localidades de: 2 em Florianópolis/SC; 1 em Guarulhos/SP; 2 em Rio Negro/PR; 2 em Cascavel/PR; 1 em Guaíra/PR; 1 em Guarapuava/PR; e 1 em Palmas/PR.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho de revisão propôs-se a relatar o caso concreto da implantação do projeto social “Navegando com a Assistência Integrada” de prevenção ao uso de drogas para jovens militares, como medida para conter e reduzir o exponencial crescimento do uso ilícito de drogas, em local sujeito à

²² Os colaboradores e apoiadores – Rebecca de Carvalho (Advogada e idealizadora do Projeto), Carlos Prandini Netto (Médico veterinário e fundador da ONG Vida Limpa), Sandro Marcos da Silva Santos (Diretor da ONG Vida Limpa) – têm sido fundamentais, desde a idealização e encorajamento até a execução e constante divulgação do projeto social “Mais que Vencedores” (nome adotado pela PJM/Curitiba) para outras Unidades Militares.

Administração Militar, verificado nos últimos doze anos (2003-2014), no estado de Santa Catarina.

A questão central do estudo foi rever a bibliografia referente à psicodinâmica do trabalho militar, afirmação dos direitos fundamentais contidos nas políticas públicas sobre drogas e, ainda, do “papel resolutivo” do Ministério Público na articulação entre diversos atores (governamentais, sociedade civil organizada e voluntários) responsáveis pelo processo de socialização e ressocialização de jovens militares expostos ao risco de uso de drogas, buscando nos fatores jurídicos, sociais e da organização do trabalho as possíveis explicações para o risco de dependência química e consequentes formas de enfrentamento no ambiente laboral castrense.

Verificou-se que o projeto social “Navegando com a Assistência Integrada”, desenvolvido de acordo com o modelo descrito neste estudo, mostrou-se potencialmente viável, numa perspectiva de concretização (setorial) dos princípios, objetivos e diretrizes da política pública nacional de prevenção ao uso de drogas (por jovens militares); conjugando-se, para tanto, as especificidades das relações jurídico-funcionais (hierarquia e disciplina militar) e missão constitucional das Forças Armadas (Defesa da Pátria) com os conhecimentos da psicodinâmica do trabalho militar e do papel resolutivo do Ministério Público Militar, no neoconstitucionalismo.

6 REFERÊNCIAS

ABREU, J. L. N. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

_____. *Manual de Direito Disciplinar Militar*. Curitiba: Juruá, 2015.

ACEMOGLU, D.; ROBNSON, J. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ALVES, L. B. M.; e BOSENVOLD, N. (orgs.). *Temas atuais do Ministério Público*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

ALMEIDA, G. A. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In FARIAS, C. C.; ALVES, L. B. M.; e BOSENVOLD, N. (orgs.). *Temas atuais do Ministério Público*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

ANDRADE, D. L. P. A. A Lei nº 10.803/2003 e a nova definição de trabalho escravo – diferenças entre trabalho escravo, forçado e degradante. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, v. XV, n. 29, pp.78-90, 2005.

ARRUDA, J. R. *O uso político das Forças Armadas: e outras questões militares*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007.

ASSIS, J. C.; ARPINI, S.; ZANCHET, D. M. *Legitimidade do poder do Ministério Público Militar para a interposição da ação civil pública*. Curitiba: Juruá, 2011.

BARBOSA, R. B. S. A execução da pena no crime de Deserção. In: ASSIS, Jorge César de. (coord.). *Deserção: um estudo minucioso sobre o crime por excelência*. Curitiba: Juruá, 2016.

BARBOSA, R. *Oração aos moços* – edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARCELLOS, J. A. P. *As condições e a organização de trabalho dos policiais militares que executam o policiamento ostensivo: um estudo de caso na Brigada Militar em Porto Alegre/RS*. Dissertação. Porto Alegre: UFRS, 1999.

CANOTILHO, J. J. GOMES. *et alii.* (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 5ª tiragem. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.

CARVALHO, A. R. *Projeto Navegando com a Assistência Integrada*. Diários de Campo. Curitiba: s.n., 2015.

CHOUKR, F. H. Ministério Público e Políticas Públicas. In: FARIAS, C. C.; ALVES, L. B. M.; e BOSENVOLD, N. (orgs.). *Temas atuais do Ministério Público*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

COMPARATO, F. K. *ÉTICA: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DEJOURS, C. *A Loucura do trabalho: estudo da psicopatologia do trabalho*. São Paulo: Cortez, 1992.

DEJOURS, C. *O fator humano*. 5. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

DELGADO, M. G. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DUARTE, F. S. *Dispositivos para a escuta clínica do sofrimento no trabalho: entre a clínica da cooperação e das patologias*. Dissertação. Brasília: UnB, 2014.

FONTE, F. M. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FONTES, J. L. *Sofrimento psíquico de mulheres militares e suas relações com o poder*. In: III Congresso Internacional de Psicopatologia Fundamental. Anais. Niterói: editora UFF, 2008.

FONTES, P. G. G. *O controle da Administração pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HALPEN, E. E.; FERREIRA, S. M. B.; SILVA FILHO, J. F. Os efeitos das situações de trabalho na construção do alcoolismo de pacientes militares da Marinha do Brasil. *Cad. Psicol. Soc. Trab.*, v. 11, n. 2, pp. 273-86, 2008.

JATAHY, C. R. C. 20 anos de Constituição: o novo Ministério Público e suas perspectivas no Estado Democrático de Direito. In FARIAS, C. C.; ALVES, L. B. M.; e BOSEVALD, N. (orgs.). *Temas atuais do Ministério Público*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

LIMA, M. E. A. Dependência química e trabalho: uso funcional e disfuncional de drogas nos contextos laborais. *Revista Brasileira Saúde Ocupacional*, v. 35, n. 122, pp. 260-268, 2010.

MENDES, A. M. Aspectos Psicodinâmicos da Relação Homem-Trabalho: as contribuições de C. Dejours. *Psicologia, ciência e profissão*, n. 1, pp. 34-38. 1995.

MENDES, A. M. Psicanálise, Trabalho e Práticas Clínicas. Conferência. In: IV Congresso Brasileiro de Psicodinâmica e Clínica do Trabalho, Manaus, 2015. *Anais*. Manaus: GEPSAT/CEREST, 2015.

MENDES, A. M.; ARAÚJO, L. K. R. *Clínica Psicodinâmica do trabalho: o sujeito em ação*. Curitiba: Juruá, 2012.

MENDES, S. S. O regime constitucional dos Militares. *Revista da Cultura*. Suplemento Especial. Ano XV, n. 26, pp. 05–27, 2016.

MERLO, A. R. C.; MENDES, A. M. Perspectivas do uso da psicodinâmica do trabalho no Brasil: teoria, pesquisa e ação. *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho*, v. 12, n. 2, pp. 141-156, 2009.

MORAES, R. D. Sofrimento criativo e patogênico. In: VIEIRA, Fernanda de Oliveira; MENDES, A. M.; MERLO, A. R. C. *Dicionário crítico de gestão e psicodinâmica do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2013.

PAIVA, A. R. Ação Afirmativa. In: *Dicionário de Políticas Públicas*. São Paulo: Fundação do Desenvolvimento Administrativo, 2013.

PEREIRA, H. J. C. Drogadição e Forças Armadas. *Revista do Ministério Público Militar*. Edição especial, n. 21, pp. 274-277, abr./2010.

RATES, J. M. P. *Prazer e sofrimento no trabalho: um estudo com sargentos de uma instituição militar*. Monografia. Brasília: UNICEUB, 2007.

RIONDATO, S. *Diritto Penale Militare*. Itália, Pádua: CEDAM, 1998.

SAMPAIO, J. A. L. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANCHEZ, J. L. *Protección Penal de la Disciplina Militar*. España, Madrid: ed. Dykinson S. L., 2007.

SEN, A. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SPODE, C. B.; MERLO, A. R. C. Trabalho Policial e Saúde Mental: Uma Pesquisa junto aos Capitães da Polícia Militar. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 19, n. 3, pp. 362-370, 2006.

STOCHERO, T. *Tráfico e uso de drogas em quartéis atingem auge nos últimos 12 anos*. São Paulo: Portal G1 de notícias, 03/11/2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/trafico-e-uso-de-drogas-em-quarteis-atingem-auge-nos-ultimos-12-anos.html>>. Acesso em 12/06/2016.

STRECK, L. L. A Concepção Cênica da Sala de Audiências e o Problema dos Paradoxos. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 22, p. 57-74, 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (ENAJUM). *Pesquisa Institucional sobre Condutas Criminosas de maior incidência para a Justiça Militar da União (PCCrim)*: Relatório da 2ª fase – ENTORPECENTES. Disponível em <<<http://stm.jus.br/enajum/pccrim>>>. Acesso em 04/07/2016.

O CRIME CONTINUADO NO CÓDIGO PENAL MILITAR NA VISÃO DO STF E DO STM

CONTINUOUS CRIME IN THE MILITARY
PENAL CODE IN THE VIEW OF STF AND STM

Anderson Batista de Souza

Promotor de Justiça do Ministério Público do Amapá

Especialista em Direito Militar

Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Lisboa

RESUMO: O presente estudo trata do instituto penal da continuidade delitiva com a finalidade de esclarecer as diferenças conceituais na aplicação da pena prevista no Código Penal comum e no Código Penal militar. Neste sentido, descreve-se a divergência de posições da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Militar, buscando estabelecer a justiça na dosimetria da pena.

PALAVRAS-CHAVES: Crime continuado. Código Penal comum. Código Penal militar. Jurisprudência. STF. STM.

ABSTRACT: The present study is concerned with the continuity of criminal offence, a penal law principle. It aims to clarify conceptual differences between the application of punishment in common penal code and military penal code.

Therefore, it describes the deviation of positions among Brazilian supreme federal court and superior military court in order to establish justice in the dosimetry of penalties.

KEYWORDS: Continuity of criminal offending. Common Brazilian penal code. Brazilian military penal code. Jurisprudence. STF. STM.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Notícia histórica – 3. Natureza jurídica do crime continuado – 4. Sistemas de graduação de pena – 5. Código Penal comum – 5.1. Conceito de crime continuado – 5.2. Sistema de graduação de pena – 6. Código Penal Militar – 6.1. Conceito de crime continuado – 6.2. Sistemas de graduação de pena – 7. Jurisprudência do STM e STF – 8. Conclusão – 9. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O crime continuado apresenta regra de aplicação de pena distinta no Código Penal comum e no Código Penal militar, o que causa confronto de jurisprudência no âmbito do STF e do STM.

A problemática central é saber qual regra de aplicação de pena a ser aplicada nos crimes militares, diante da divergência jurisprudencial.

A razão na escolha do tema justifica-se pela necessidade de aplicação prática do entendimento pesquisado na rotina forense dos operadores do direito, no conhecimento da existência de tratamento diferenciado de aplicação da pena para o crime continuado previsto no Código Penal militar e da previsível discussão do tema no âmbito do STF, diante da nova composição plenária formada nos últimos anos do que poderá resultar alterações de entendimento.

A pesquisa trará como objetivos a conceituação do crime continuado na legislação penal comum e castrense, além de definir as formas reconhecidas pela

doutrina nacional na aplicação da pena, para ao final concluir sobre a análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

2 NOTÍCIA HISTÓRICA

A origem histórica do instituto aqui estudado remonta ao período medievo; foi uma tentativa de se diminuir o peso da pena de morte, imposta ao criminoso que houvesse reincidido no furto pela terceira vez.

Ramagem Badaró¹ elenca as legislações medievais que puniam vigorosamente o terceiro furto. Assim acontecia nas leis de Carlos I, de Anjou, de 1269, que no capítulo sobre o furto determinava a pena da forca ao réu de três furtos consecutivos; o Estatuto de Sassari, de 1316, que cominava a sanção da morte na forca ao delinquente que houvesse cometido três furtos no total de 20 libras; a Lei do Cardeal Ruffo, de 1724, para a cidade de Bolonha, que condenava à morte o ladrão que tivesse furtado a soma de 20 escudos, nos três furtos.

Desde então, existe uma tendência em considerar a possibilidade de utilização do concurso de crimes como meio de se evitar o rigor do sistema da cumulação das penas e como solução, o conceito de crime continuado, como ficção para os efeitos da atenuação das penas.

¹BADARÓ, R. *Comentários ao Código Penal Militar de 1969*. v. 1: parte geral. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006. p. 354.

3 NATUREZA JURÍDICA DO CRIME CONTINUADO

Os doutrinadores penais encaram de modo diverso a natureza do crime continuado, e como consequência surgem teorias como a teoria da unidade real, a teoria da ficção jurídica e a teoria mista.

Sobre as diversas teorias o professor Luiz Regis Prado² nos ensina:

São três as teorias que examinam a natureza jurídica do crime continuado, a saber:

a) Teoria da unidade real: os vários comportamentos delitivos constituem, em verdade, um único crime. São elos de uma mesma corrente, de modo que a unidade de intenção manifesta-se em unidade de lesão. A pluralidade de condutas não conduz à pluralidade de crimes.

b) Teoria da ficção jurídica: inicialmente sustentada por Carrara, declara ser a continuidade delitiva mera criação legal (*fictio juris*), já que existem diversos delitos. Se o crime continuado fosse efetivamente um único crime, não haveria qualquer razão para a exasperação da pena.

c) Teoria da unidade jurídica ou mista: trata-se de corrente eclética, pela qual o crime continuado não é unidade real, tampouco ficção jurídica. A continuidade é uma figura própria – realidade jurídica – dirigida a fins específicos. Não há unidade ou pluralidade de crimes, mas sim um terceiro crime – o crime de concurso – legalmente unificado pela unidade do aspecto subjetivo.

O Código Penal comum e o militar adotam a teoria da ficção jurídica para efeitos de aplicação da pena, pois não trata o crime continuado como um único ou como um terceiro delito, mas declara ser a continuidade delitiva mera criação legal (*fictio juris*), sendo assim, acolhe o sistema de exasperação da pena ao crime continuado, que é, formalmente, a reunião de vários delitos praticados nas mesmas condições.

Outra importante teorização é observada na doutrina e leva em conta a existência ou não do elemento subjetivo para sua conceituação.

² PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1: parte geral, arts.1º a 120. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006, p. 493.

Segundo Damásio Evangelista de Jesus³ há duas teorias:

- a) Teoria objetivo-subjetiva: o crime continuado exige, para a sua identificação, além de determinados elementos de ordem objetiva, outro de índole subjetiva, que é expresso de modos diferentes: unidade de dolo, unidade de resolução, unidade de desígnio;
- b) Teoria puramente objetiva: dispensa a unidade de ideação e deduz o conceito de condutas continuadas dos elementos exteriores da homogeneidade.

Parte da doutrina exige, de acordo com a teoria objetivo-subjetiva, além dos requisitos de caráter real, uma unidade de desígnios, ou seja, “cada delito se coloca como realização sucessiva, num programa inicial, antecedente”. Adotando-se tal teoria, segundo Júlio Fabbrini Mirabete⁴:

Existiria crime continuado apenas nos delitos que mantivessem uma unidade real, como, por exemplo, na hipótese do empregado que subtrai em várias oportunidades peças componentes de um aparelho que será montado depois de obtidos todos os elementos, ou no caso do cobrador que se vai apropriando de pequenas quantias das cobranças etc.

Para outra parte da doutrina, adotou-se a teoria objetiva pura (ou realístico-objetiva), que entende ser o crime continuado uma realidade objetiva, através da apreciação dos elementos exteriores, despido da unidade de desígnio.

A divergência é encontrada em doutrina respeitada. Vale destacar o ensinamento de Hans Welzel⁵ ao afirmar:

O delito continuado vem em duas formas: ou como uma unidade de ação - que consiste em atos sucessivos de um dolo total - ou como uma unidade de ação de vida punível (como “culpabilidade na condução da vida”), que se baseia sobre o uso múltiplo da mesma oportunidade ou a mesma situação permanente. A primeira é um conjunto de atividade prolongada no tempo. Exemplo: alguém transporta em várias noites, de acordo com um plano, o seu fornecimento de carvão para o inverno, para um tanque fora do porão. A segunda maneira mencionada não é uma unidade de ação, por falta de um dolo unitário, mas a execução de decisões repetidas de crime, que são reunidas pela igualdade da situação externa em uma unidade de conduta punível de condução da vida. Exemplo: o cônjuge de um ausente

³ JESUS, D. E. *Direito Penal*. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 595.

⁴ MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 343.

⁵ WELZEL, H. *Derecho Penal*, Parte General. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956, p.35.

pelos acontecimentos de guerra, sucumbe repetidamente à tentação de cometer adultério com o irmão de seu marido, que vive na mesma casa. (tradução nossa)⁶

Sobre o tema e adotando a teoria objetivo-subjetiva, Eugenio Raúl Zaffaroni, considera que o crime continuado tratado na legislação brasileira não passa de uma fórmula de abrandamento da regra da cumulação aritmética e o denomina de concurso material atenuado ou falso crime continuado, ao passo que Hans Welzel o denominou de uma unidade de condução da vida punível.

Segundo seu entendimento⁷:

O art.71 do CP contém uma fórmula de abrandamento da regra da cumulação aritmética do art.69, que recebe o nome de “crime continuado”, mas que, onticamente, não é um verdadeiro crime continuado, pelo total predomínio de critérios objetivos. A ideia de “continuidade” no artigo indicado será apenas artificial, se como crime continuado se quer entender uma ação ou conduta única, quando o critério legal exige “mais de uma ação ou omissão”. Este não é, realmente, o conceito de crime continuado mais generalizado da doutrina alemã, mas uma criação diferente, razão pela qual tratamos do verdadeiro crime continuado entre as hipóteses de unidade de conduta, e, aqui, estamos estudando um caso de concurso material atenuado que, por ter recebido da tradição o nome de “crime continuado”, entendemos de bom alvitre chamá-lo de “falso crime continuado”.

⁶ El delito continuado se presenta en dos formas características: o como una unidad de acción - que consiste en la concreción sucesiva de un dolo total - o como una unidad de conducción de vida punible (como “culpabilidad de conducción de vida”), que se basa sobre el aprovechamiento múltiple de la misma oportunidad o de la misma situación permanente. La primera es un conjunto de actividad prolongado en el tiempo. Ejemplo: alguien transporta en varias noches, conforme a un plan, su provisión de carbón para el invierno, de un depósito ajeno a su sótano. La segunda forma referida no constituye una unidad de acción, por falta de un dolo unitario, sino la ejecución de repetidas decisiones de delito, que son resumidas por la igualdad de la situación exterior de motivación en una unidad interior de la conducción punible de vida. Ejemplo: la cónyuge de un hombre ausente por los acontecimientos de la guerra, sucumbe repetidas veces a la tentación de cometer adulterio con el hermano de su esposo que vive en la misma casa.

⁷ ZAFFARONI, E. R. PIERANGELI, J. H. *Manual de direito brasileiro*. v. 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006, p.625.

A Exposição de Motivos do Código Penal Comum (Lei 7.209/1984, item 59) acentuou que “o critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva”. Muito embora o STJ tenha entendimento contrário⁸.

4 SISTEMAS DE GRADUAÇÃO DE PENA

As legislações estrangeiras têm variado na aplicação da pena, quando do concurso de crimes, o que resultou na conformação dos seguintes sistemas de graduação da pena:

- a) cúmulo material: soma das penas aplicadas isoladamente para cada um dos crimes;
- b) absorção: a pena aplicada ao delito mais grave absorve a pena do delito menos grave;
- c) cúmulo jurídico: na aplicação do cúmulo material estabelece-se um limite total ou individual em cada um dos crimes ou na aplicação da regra de absorção aplica-se a pena mais grave com agravamento.

⁸ O STJ vem consolidando o entendimento que para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva – mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução – e de ordem subjetiva – unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva). Precedentes: RHC 43601/DF, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 18/06/2014; HC 292875/AL, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 17/06/2014; HC 262842/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 08/05/2014, DJe 16/05/2014; HC 207908/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 13/05/2014, DJe 19/05/2014; AgRg nos EDcl no REsp 1110836/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 11/02/2014, DJe 26/02/2014; AgRg no HC 217753/ES, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013.

Estes são os ensinamentos de Ramagem Badaró⁹:

Apreciando-se o conteúdo do sistema do cúmulo material absoluto, vê-se a determinação de que todas as penas serão cumpridas ao mesmo tempo ou de modo sucessivo. Enquanto o sistema da absorção faz com que as penas mais brandas sejam absorvidas pelas mais gravosas. Mas, o sistema do cúmulo jurídico tendo por ponto de fixação o cúmulo material, vige como um pêndulo; ora se inclina para um, ora para o outro estabelecendo, para o cumprimento das sanções incriminadas, um máximo relativo ao total das penas, ou com referência a cada pena, isoladamente apreciada. Pelo que, o cúmulo jurídico, baseando-se no princípio da absorção da pena menos grave, impõe uma única sanção, agravada, mas em pena incidente a um só dos crimes em concurso.

5 CÓDIGO PENAL COMUM

5.1 Conceito de crime continuado

O crime continuado encontra previsão no Código Penal comum¹⁰ nos seguintes termos:

Art.71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

São requisitos para configuração do crime continuado:

- a) a pluralidade de condutas;
- b) os crimes da mesma espécie, previstos no mesmo tipo penal¹¹;

⁹ BADARÓ, R. *Comentários ao Código Penal Militar de 1969*. v. 1: parte geral. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006, p. 625.

¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 31 dez. 1940.

¹¹ Segundo entendimento prevalente no STJ, para a caracterização da continuidade delitiva,

- c) o nexo de continuidade delitiva que dependente da apuração conjunta de circunstâncias objetivas, tais como, tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes¹²;
- d) a unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos.

Vale registrar a previsão no art. 71, parágrafo único, do Código Penal comum, relativo ao crime continuado específico ou qualificado, nos seguintes termos:

Art. 71. [...]

Parágrafo único – Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

O crime continuado específico, além dos requisitos descritos acima, exige outras três condições: crimes dolosos, pluralidade de vítimas e emprego de violência ou grave ameaça à pessoa.

são considerados crimes da mesma espécie aqueles previstos no mesmo tipo penal. Precedentes: HC 240630/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Julgado em 04/02/2014, DJE 17/02/2014; HC 162672/MG, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28/05/2013, DJE 06/06/2013; HC 224395/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 15/12/2011, DJE 03/02/2012; HC 144771/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/11/2011, DJE 06/02/2012.

¹² Neste requisito o STJ pontifica que a continuidade delitiva, em regra, não pode ser reconhecida quando se tratarem de delitos praticados em período superior a 30 (trinta) dias. Precedentes: AgRg no AREsp 468460/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 08/05/2014, DJE 28/05/2014; HC 239397/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 08/04/2014, DJE 15/04/2014; RHC 038675/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 25/03/2014, DJE 02/04/2014.

5.2 Sistema de graduação de pena

Há duas formas de aplicação de pena prevista no art.71 e parágrafo único do Código Penal comum, conforme se tratar de crime continuado simples ou qualificado.

Para o crime continuado simples há duas regras: se as penas são idênticas, aplica-se uma só, com o aumento de um sexto a dois terços; e, se as penas são diferentes, aplica-se a mais grave, aumentada de um sexto a dois terços. Nesta espécie, segundo o STJ¹³, o aumento se faz em razão do número de infrações praticadas e de acordo com a seguinte correlação: 1/6 para duas infrações; 1/5 para três; 1/4 para quatro; 1/3 para cinco; 1/2 para seis; 2/3 para sete ou mais ilícitos.

Para o crime continuado qualificado também há duas regras: se as penas são idênticas, aplica-se uma só; e, se as penas são diferentes, aplica-se a mais grave, nos dois casos aumentados até o triplo. Nesta espécie, segundo o STJ¹⁴, o aumento fundamenta-se no número de infrações cometidas e nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

¹³ Precedentes: HC 107443/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 03/06/2014, DJE 20/06/2014; REsp 981837/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/04/2014, DJE 05/05/2014; HC 265385/SP, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 08/04/2014, DJE 24/04/2014; HC 238262/PE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 18/03/2014, DJE 28/03/2014; HC 231864/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/06/2013, DJE 21/06/2013; HC 184816/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 25/06/2013, DJE 01/07/2013; HC 190471/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/02/2013, DJE 01/03/2013.

¹⁴ Precedentes: HC 277283/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 05/06/2014, DJE 24/06/2014; REsp 1248240/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 03/04/2014, DJE 15/04/2014; HC 265960/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 25/02/2014, DJE 12/03/2014; AgRg no REsp 1294129/AL, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/02/2013, DJE 15/02/2013.

Em ambos os casos de crime continuado (simples ou qualificado) adota-se o sistema do cúmulo jurídico e tem por ponto de fixação o princípio da absorção, também denominada de exasperação com a correspondente fração de aumento de pena.

6 CÓDIGO PENAL MILITAR

6.1 Conceito de crime continuado

O crime continuado encontra previsão no Código Penal militar¹⁵ nos seguintes termos:

Art.80. Aplica-se a regra do artigo anterior, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser considerados como continuação do primeiro.

O legislador do Código Penal comum e militar adotou a teoria puramente objetiva na conceituação legal do crime continuado, deu-lhe uma aparência especial de concurso material, esboçou-se na homogeneidade objetiva das ações (condutas) concorrentes.

Não há diferença entre o crime continuado comum previsto no Código Penal comum e o crime continuado previsto no Código Penal militar, pois os requisitos da pluralidade de condutas, crimes da mesma espécie e circunstâncias objetivas semelhantes são idênticos nas legislações.

¹⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. Dispõe sobre o Código Penal Militar. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 21 out. 1969.

No entanto, o mesmo tratamento não é encontrado quando nos referimos ao crime continuado qualificado previsto no estatuto militar.

O parágrafo único do art. 80 do Código Penal militar prevê em seu dispositivo que: “não há crime continuado quando se trata de fatos ofensivos de bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo se as ações ou omissões sucessivas são dirigidas contra a mesma vítima”.

A norma do estatuto militar admite a figura do crime continuado qualificado quando as ações ou omissões sucessivas são dirigidas unicamente contra a mesma pessoa, diversamente ao crime continuado qualificado do estatuto penal comum o qual admite vítimas diferentes, como um dos requisitos¹⁶.

6.2 Sistemas de graduação de pena

É no sistema de graduação de pena do crime continuado previsto no estatuto militar que encontramos a divergência justificadora da pesquisa.

O artigo 80 do Código Penal militar, em sua primeira parte, manda aplicar a regra prevista no art.79 para as penas do crime continuado. Vejamos:

Art. 79. Quando o agente, mediante uma só ou mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, as penas privativas de liberdade devem ser unificadas. Se as penas são da mesma espécie, a pena única é a soma de todas; se, de espécies diferentes, a pena única e a mais grave, mas com aumento correspondente à metade do tempo das menos graves, ressalvado o disposto no art. 58.

Art. 80. Aplica-se a regra do artigo anterior, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser considerados como continuação do primeiro.

¹⁶ O entendimento da Súmula 605 do STF: “não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida”, encontra-se superado pelo parágrafo único do art. 71 do Código Penal comum, criado pela reforma de 1984. Precedentes do STJ: HC 214421/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 08/04/2014, DJE 23/04/2014.

O legislador aplicou os seguintes sistemas de graduação. No caso de penas da mesma espécie, a regra é do cúmulo material, ou seja, a soma de todas. Caso as penas sejam de espécies diferentes, a regra do cúmulo jurídico, com enfoque na aplicação do cúmulo material, com a pena única da mais grave, aumentada com a soma das metades das menos graves.

Deste modo, no caso da prática do crime de dano simples (art.259 do CPM), por mais de dez vezes em continuidade delitiva, aplicar-se-ia a pena em cúmulo material. Na mesma hipótese, contudo, se fosse um dos crimes praticados por motivo egoístico, aplicar-se-ia a sanção do crime qualificado (art.261, inciso III do CPM), mais a soma da metade das sanções de cada um dos crimes simples.

Em resumo, enquanto o crime continuado do Código Penal comum adota o critério jurídico, com enfoque ao princípio da absorção com aumento de pena, para os crimes de igual ou diversa espécie, o Código Penal Militar adota o critério jurídico, com enfoque ao princípio do cúmulo material nos crimes de igual ou diversa espécie.

O rigor na graduação da pena é minorado com o disposto no parágrafo 1º, art.81 do CPM, como causa facultativa de redução de pena, nos seguintes termos: “A pena unificada pode ser diminuída de um sexto a um quarto, no caso de unidade de ação ou omissão, ou de crime continuado”.

Como forma de atenuar o rigorismo da regra do Código Penal Militar, o Superior Tribunal Militar, há tempos, vem admitindo a aplicação da regra do art. 71 do Código Penal comum, em substituição ao art. 80 do Código Castrense, por ser mais benéfica ao condenado.

Neste sentido, vejamos as seguintes ementas:

Receptação. Crime Continuado. Civil, que, em três oportunidades, adquire armas furtadas do Exército Brasileiro. Reconhecimento da continuidade delitiva, o que impõe a consideração dos atos subsequentes como continuação do primeiro e, em consequência, a aplicação da pena como se fosse o delito único, embora perpetrado parceladamente; aplicação, para a fixação de reprimenda, de critério inspirado na previsão insita no Código Penal para a apenação de crimes continuados, afastada, pois, a drasticidade do preceituado no diploma substantivo castrense sobre a matéria; impossibilidade de o Poder Judiciário, na unicidade de sua atuação e no seu papel de aplicador sistemático do ordenamento jurídico, chancelar a diversidade da lei diante de hipótese verdadeiramente iguais, o que ocorreria caso se aplicasse, “in casu”, a previsão insita no CPM sobre o crime continuado nos estritos limites de sua literalidade; apenação que resultou exagerada, cabível, pois, a sua redução; decisão por maioria. (STM – Ap. nº 47.161-1/PA – Rel. Min. Gen. Ex. Antônio Joaquim Soares Moreira).

Peculato com continuidade delitiva. O atendimento literal do pedido do MPM conduziria o Julgador à aplicação de pena extremamente severa: 12 anos de reclusão. Fatores de ordem humanitária, neste caso especialíssimo, levam a Corte à aceitação do quantum da pena fixada na Sentença, na forma estabelecida. (STM – Ap. nº 47.339-4/RJ – Rel. Min. Aldo Fagundes).

ESTELIONATO. CRIME CONTINUADO. Militar que se envolve em transação de automóveis, providenciando financiamentos locupletando-se, indevidamente, de vantagens pecuniárias ilícitas, mediante artil, em desfavor de colegas de farda. Aplicação subsidiária da regra contida nos artigos 33, parágrafo 1º, alínea c, e 71, ambos do CP (comum), que melhor aproveita ao sentenciado. Presentes os elementos constitutivos do delito de estelionato (art.251 do CPM). Recurso improvido. Decisão uniforme. (STM – APELAÇÃO 49723 PE 2004.01.049723-4, Relator(a): HENRIQUE MARINI E SOUZA, Julgamento: 10/02/2005, Data da Publicação: 31/03/2005).

Em que pese ser este o entendimento solidificado pela jurisprudência do STM, tal orientação não é acolhida pelo STF, que em reiteradas decisões ao longo dos anos vem decidindo pela aplicação na continuidade delitiva, na regra do art.79 do CPM, rejeitando o entendimento do STM.

Nas palavras do relator no HC 86.854-1/SP, Ministro Carlos Ayres Britto:

não é de se acolher o pretendido afastamento de regramento castrense específico, sob a alegação de que a regra contida no

art.80 do Código Penal Militar é demasiadamente excessiva e severa [...] Em boa verdade, esta pretensão do paciente colide com expresso comando legal, pois o art.12 do Código Penal comum estabelece que 'as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso'. Quero dizer: a inexistência de regramento específico em sentido contrário é premissa da aplicação subsidiária do Código Penal às legislações especiais. E, no caso, esta premissa não se faz presente, pois, bem ou mal, o Código Penal Militar cuidou de disciplinar os crimes continuados de forma distinta e mais severa do que o Código Penal Comum.

Neste sentido:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR DE CONCUSSÃO (ARTS. 305 E 53 DO CPM). EXIGÊNCIA DE DINHEIRO PARA NÃO-LAVRATURA DE AUTOS DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. PRETENDIDA APLICAÇÃO AOS CRIMES MILITARES DA REGRA DA CONTINUIDADE DELITIVA, PREVISTA NO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL COMUM. IMPOSSIBILIDADE. Revela-se devidamente fundamentada a sentença que, para majorar em dois meses a pena-base do acusado, se louva na especial gravidade do crime e no seu modo de execução, tudo conforme o art. 69 do Código Penal Militar. Não se aplica aos crimes militares a regra de continuidade delitiva a que se reporta o art. 71 do Código Penal Comum. Isso porque, nos termos do art. 12 do CP, a inexistência de regramento específico em sentido contrário é premissa da aplicação subsidiária do Código Penal às legislações especiais. No caso, tal premissa não se faz presente. Bem ou mal, o Código Penal Militar cuidou de disciplinar os crimes continuados de forma distinta e mais severa do que o Código Penal Comum. Não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado. Tal proceder geraria um "hibridismo" incompatível com o princípio da especialidade das leis. Sem contar que a disciplina mais rigorosa do Código Penal Castrense funda-se em razões de política legislativa que se voltam para o combate com maior rigor daquelas infrações definidas como militares. Precedentes. Ordem denegada. (HC 86854, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 14/03/2006, DJ 02-03-2007 PP-00038 EMENTA VOL-02266-03 PP-00558)

EMENTA: - Habeas Corpus. Código Penal Militar, arts.251, "caput"; 70, II, "g" e "i", e 80. Estelionato (oito vezes), reconhecida a continuidade delitiva. 2. O tratamento diferenciado decorrente do Código Penal e do Código Penal Militar, no que concerne ao crime continuado, não vulnera o princípio da isonomia. Precedente do Supremo Tribunal Federal, no RECr nº 115.770 - RJ. 3. Habeas Corpus indeferido. (HC 73056, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 24/10/1995, DJ 09-08-1996 PP-27100 EMENTA VOL-01836-01 PP-00052)

PRINCÍPIO ISONÔMICO – CÓDIGO PENAL E CÓDIGO PENAL MILITAR – O tratamento diferenciado decorrente dos referidos Códigos tem justificativa constitucionalmente aceitável em face das circunstâncias peculiares relativas aos agentes e objetos jurídicos protegidos. A disparidade na disciplina do crime continuado não vulnera o princípio da igualdade. PROVA – OPORTUNIDADE E JUSTIFICAÇÃO. A organicidade e a dinâmica que presidem o Direito, especialmente o instrumental, são conducentes a observância dos predicados “oportunidade” e “justificação” no requerimento de feitura de prova. (RE 115770, Relator (a): Min. ALDIR PASSARINHO, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/10/1991, DJ 21-02-1992 PP-01697 EMENT VOL-01650-03 PP-00432 RTJ VOL-00138-01 PP-00257)

8 CONCLUSÃO

A jurisprudência do STM orienta-se no sentido de aplicar a regra do art.71 do Código Penal comum, em substituição ao art. 80 do Código Penal Militar, por ser mais benéfica ao condenado. Contudo, o Supremo Tribunal Federal registra jurisprudência em sentido contrário, ao aplicar o rigor do artigo 79, segunda parte, aos crimes continuados (art.80), pois entende ter justificativa constitucionalmente aceitável em face das circunstâncias peculiares relativas aos agentes e objetos jurídicos protegidos.

A legislação castrense em vez de conduzir adequadamente a questão, conferindo tratamento diferenciado aos casos de continuidade delitiva, limitou-se a fazer remissão à regra geral de fixação da pena nos casos de concurso de crimes, tratando igualmente situações desiguais e conferindo a continuidade delitiva um tratamento idêntico ao dispensado nos casos de concurso material de crimes. Com efeito, salta à evidência a absoluta falta de proporcionalidade no tratamento jurídico dispensado à matéria.

A redução facultativa da pena, prevista no art. 81, § 1º, do Código Penal Militar, não é capaz de evitar a desproporção quando comparada à legislação comum. Com efeito, o tratamento jurídico dispensado ao crime continuado pelo Código Penal Militar não encontra respaldo, na teleologia do instituto. Pelo contrário, nas palavras de Claudio Amim Miguel e Ione de Souza Cruz¹⁷:

A soma de penas na continuação delitiva se mostra excessivamente rigorosa, ultrapassando os objetivos da repercussão penal. De fato, se considerados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que devem estar presentes no momento da imposição da pena, o cúmulo material se revela impróprio.

No atual estágio de evolução da sociedade e da ciência jurídica, a aplicação do instituto da continuidade delitiva aos crimes militares demanda um exercício hermenêutico que vai além da aplicação literal do art. 80 do CPM e impõe, por conseguinte, a aplicação analógica da regra constante do art. 71 do Código Penal comum também às infrações penais militares.

Trata-se de um imperativo de justiça, cuja aplicação vem sendo reconhecida pela jurisprudência pátria, consoante destacam Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger¹⁸, segundo os quais, “no que tange ao crime continuado, há reiteradas decisões, principalmente do Superior Tribunal Militar, que aplicam a regra do Código Penal comum aos delitos militares”.

No mesmo entendimento Jorge Alberto Romeiro¹⁹:

Em face de tão gritante disparidade de punições entre o direito penal comum e militar vigentes para o crime continuado, e atendendo a que a origem do instituto mirava a beneficiar o réu – está ligada ao sentimento de humanidade dos Práticos, que, concebendo o crime

¹⁷ CRUZ, I. S.; MIGUEL, C. A.

¹⁸ NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. *Apontamentos de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 238.

¹⁹ ROMEIRO, J. A. *Curso de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 195-6..

continuado como um só crime, tentavam impedir a pena de morte então cominada ao autor de um terceiro furto – a jurisprudência do STM, por forma equânime, pretoriana, vem punindo o crime continuado por forma semelhante ao direito penal comum: Aplicando a pena de um só dos crimes, com aumento variável conforme o caso.

Ao não fornecer critério seguro e justo para a individualização da pena, violam-se os princípios da isonomia e da proporcionalidade da ação estatal, e tem-se por solução a aplicação analógica da regra constante do art. 71 do Código Penal comum também às infrações penais militares. Tal conclusão sinaliza a necessidade de modificação legislativa num primeiro plano e a atenção jurisprudencial, em especial da atual composição do STF, na adoção deste entendimento.

9 REFERÊNCIAS

BADARÓ, R. *Comentários ao Código Penal Militar de 1969*. v. 1: parte geral. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. Dispõe sobre o Código Penal Militar. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 21 out. 1969.

CRUZ, I. S.; MIGUEL, C. A. *Elementos de Direito Penal Militar*. Parte Geral. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

JESUS, D. E. *Direito Penal*. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. *Apontamentos de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1: parte geral, arts.1º a 120. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006.

ROMEIRO, J. A. *Curso de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, H. *Derecho Penal*, Parte General. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito brasileiro*. v. 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006.

A VEDAÇÃO DA VISITA ÍNTIMA NO SISTEMA PRISIONAL MILITAR SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

THE SEALING OF THE INTIMATE VISIT
IN MILITARY PRISON SYSTEM FROM THE
PERSPECTIVE OF DIGNITY OF THE
HUMAN PERSON

Antônio Pereira Duarte

Procurador de Justiça Militar em Brasília(DF)

Conselheiro Nacional do Ministério Público (Biênios 2013/2015 e 2015/2017)

RESUMO: O presente estudo analisa o tema da visita íntima no âmbito dos estabelecimentos prisionais militares, mostrando que sua vedação, em decorrência das peculiaridades de tal contexto e ante uma alegada ausência de estrutura mínima que possa garantir o atendimento dessa carência humana, termina por entrecocar-se com o fundamento da dignidade humana e os princípios constitucionais que amparam a figura de todo e qualquer preso, incumbindo ao Ministério Público Militar, como ramo especializado do Ministério Público da União, empreender as medidas que assegurem, perante o sistema prisional militar, o atendimento dos referidos postulados constitucionais. Tal assertiva mais se justifica após o precedente do STF que reputou ser lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais

para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral.

PALAVRAS-CHAVES: Estabelecimento Prisional Militar. Visita Íntima. Dignidade da Pessoa Humana. Valores Militares. Ponderação de Interesses. Princípio do Respeito aos Presos.

ABSTRACT: The present study examines the issue of conjugal visits in the context of military prisons, showing that your fence, due to the peculiarities of this context and the absence of a minimum structure that can guarantee the fulfillment of this human need, ends up clashing up with the foundation of human dignity and the constitutional principles that support the figure of any prisoner, leaving it to the military Public prosecution, as a specialized branch of the Public Ministry of the Union to undertake measures to ensure, at the military prison system, the care of these constitutional postulates. This assertion is justified following the precedent of the Supreme Court that understands it be lawful for the judiciary to impose on the public administration a must do obligation, who consists the promotion of measures or implementation of emergency works in prisons to give effect to the principle of human dignity and ensure detainees respect for their physical and moral integrity.

KEYWORDS: Military prison. Conjugal visits. Human dignity. Military values. Balance of interests. Principle of respect for prisoners.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O sistema prisional militar e suas particularidades – 3. A visita íntima como garantia constitucional – 4. Ponderação de interesses: tutela dos bens castrenses *versus* Princípio do Respeito aos Presos e dignidade humana – 4.1 A ausência de estrutura física nas organizações militares e o recente precedente do STF – 5. Conclusão. – 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Prisional Militar é uma realidade no Ordenamento Pátrio e tem sua existência vinculada tanto ao cumprimento das denominadas penas disciplinares quanto à execução provisória ou definitiva de penas decorrentes de condenações em processos criminais.

Muito em razão disso, sua estrutura é bem diversa do sistema prisional comum, pois não possui o rigor antevisto em penitenciárias ou outros estabelecimentos análogos, seja pelo reduzido número de custodiados, pelo menos na esfera das Forças Armadas; seja ainda pelo lapso temporal a que pode ficar submetido o apenado militar, de regra por, no máximo, 2 (dois) anos.

No entanto, em virtude de ser assegurado ao militar o direito de ser recolhido a um estabelecimento prisional militar, enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória, e também por poder cumprir pena de até 2 (dois) anos no recinto militar, surgem situações jurídicas que terminam por prolongar o tempo de custódia, de modo que reclamam a adoção das regras próprias aplicáveis a toda e qualquer execução penal, provisória ou definitiva, dentre as quais o respeito aos direitos dos presos, especialmente o da visita íntima.

No âmbito federal, atualmente o único Presídio Militar existente é o da Marinha, localizado na Ilha das Cobras, no Rio de Janeiro, onde é garantida a visita íntima. Nos demais estabelecimentos prisionais militares, regra geral, sob o argumento da ausência de uma estrutura adequada, não é observado o acesso à visita íntima, ainda que o custodiado permaneça longo tempo cumprindo pena provisória ou definitiva.

É justamente essa não observância, no âmbito prisional militar, da visita íntima, em confronto com os princípios insertos no vigente arcabouço constitucional, que situará a discussão que ora se pretende trazer à tona, buscando-se evidenciar

os argumentos que arrimam a vedação de acesso ao referido direito e aqueles que balizam o fundamento contrário, em exercício hermenêutico que não poderá prescindir da ponderação de interesses.

2

O SISTEMA PRISIONAL MILITAR E SUAS PARTICULARIDADES

A Constituição Federal de 1988 inequivocamente estabeleceu um regime próprio para os militares, seja no plano penal, administrativo ou previdenciário. Neste sentido, tratou diretamente de algumas questões, como a que inclui os órgãos da Justiça Militar no âmbito do Poder Judiciário da União, conferindo-lhe a competência para processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Outras, remeteu a normatização ao legislador infraconstitucional, não sem antes observar que deveria atentar para as situações especiais a que são submetidos tais servidores e as peculiaridades de seus ofícios (art. 142, § 3º, Inciso X).

Tais nuances próprias da Caserna também se refletem no que tange à execução da pena no âmbito militar¹, seja esta definitiva ou provisória, conforme

¹ Com efeito, de acordo com o Código Penal Militar, as regras que disciplinam o cumprimento de penas no contexto militar obedecem aos princípios da hierarquia e disciplina, deve haver rígida separação, conforme descrito:

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

I - pelo oficial, em recinto de estabelecimento militar;

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

Parágrafo único. Para efeito de separação, no cumprimento da pena de prisão, atender-se-á, também, à condição das praças especiais e à das graduadas, ou não; e, dentre as graduadas, à das que tenham graduação especial.

bem apontado por Assis *et ali* (ASSIS, 2011, p. 57), segundo os quais em três hipóteses o militar é recolhido a estabelecimento prisional militar, a saber:

- a) por força do artigo 595, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar que dispõe que o militar condenado a pena até dois anos irá cumpri-la em estabelecimento militar;
- b) por força da Lei 6.880/80, artigo 73, letra “c”, que dispõe que o militar tem a prerrogativa de permanecer preso em estabelecimento militar, em decorrência de prisão provisória mesmo que seja por crime de natureza comum;
- c) por cumprimento de pena de prisão, em face de transgressão disciplinar.

Disso resulta que, abstraindo-se a hipótese elencada na alínea “c”, em que o militar fica custodiado disciplinarmente por até 30 (trinta) dias, em todas as demais situações em que o militar fica preso provisória ou definitivamente, não há como deixar de reconhecer que sua permanência no estabelecimento prisional militar poderá prolongar-se por período de pelo menos 2 (dois) anos, de modo a atrair a incidência das regras constitucionais que balizam o respeito aos presos.

Por outro lado, o Código de Processo Penal Militar, que remonta a 1969, mas que foi recepcionado pela Carta Constitucional vigente, disciplina, em seu art. 242 e alíneas, o instituto da Prisão Especial, assinalando que a ela fazem jus os oficiais da ativa e da reserva, remunerada ou não, das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares. Na verdade, conforme preleciona

[...]

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

Lobão (2009, p. 319) “mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o oficial da ativa continuará na prisão especial, enquanto não for excluído da corporação militar, federal ou estadual (art. 242, *d, f a h, j* e p. único, do CPPM)”.

Tais aspectos singulares do segmento militar produzem consequências jurídicas bem acentuadas, haja vista a necessidade de se manter no vasto território nacional, no qual se espalham as Organizações Militares destinadas a guarnecer a Defesa Nacional, um sistema prisional diferenciado. Este serve tanto para abrigar, no cotidiano, os militares que tenham incorrido em infrações disciplinares, aqueles que podem responder por sanção de até 30 (trinta) dias de prisão; quanto para receber os presos provisórios ou que ainda não foram condenados em definitivo, ou seja, aqueles que possuem, nos termos do quanto disposto no Estatuto dos Militares (Lei 6.880/81), o direito de custódia no estabelecimento prisional da Organização Militar; quanto para acolher os presos militares condenados definitivamente à pena de até 2 (dois) anos.

Sobre as distinções que pairam em relação aos diversos estabelecimentos militares destinados a abrigar presos, faz-se mister trazer à tona o quadro autoexplicativo, proposto por Diógenes Gomes Vieira, e também citado por Assis *et ali* (2011, p. 60). Lembra aquele autor que

não há legislação específica que faça a distinção entre os três tipos de locais de cumprimento de pena previstos no CPM: a) estabelecimento militar (art. 59, inciso I); b) estabelecimento penal militar (art. 59, inciso II); e c) penitenciária militar (art. 61)²:

² VIEIRA, D. G. *Manual Prático do Militar*. Natal: D & F Juridica, 2009. p. 453-454.

Estabelecimento militar	Estabelecimento penal militar	Penitenciária militar
Organização militar que não está habilitada administrativamente e tecnicamente para o encarceramento de presos (ausência de xadrez). Porém, mesmo não estando habilitada, não impedirá o recolhimento de presos, todavia não poderá ser em xadrez.	Organização militar habilitada administrativamente e tecnicamente para o encarceramento de presos: xadrez e guarnição da Polícia Militar (sic) da respectiva Força Armada (em regra)	É o presídio propriamente dito, onde, por analogia, pode-se utilizar a definição contida no art. 87 da LEP: a penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.
A prisão é executada em recinto (dependência) da organização militar. Exemplos: quarto de hotel de trânsito e alojamento.	O inciso II do art. 59 do CP Militar menciona que neste local são cumpridas penas disciplinares: xadrez.	No Brasil só existe um presídio militar: o da Marinha (Ilha das Cobras – Rio de Janeiro).
Somente para oficiais: art. 59, inciso I, do CP Militar.	Somente para praças: art. 59, inciso II, do CP Militar.	Oficiais e praças (art. 61 do CP Militar)
Pena condenatória (sic) igual ou inferior a 2(dois) anos.	Pena condenatória (sic) igual ou inferior a 02 (dois) anos. Ou superior a 2 (dois) anos conforme permissibilidade contida no final do inciso II do art. 59 do CP Militar.	Pena condenatória (sic) superior a 2 (dois) anos.

3

A VISITA ÍNTIMA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 adotou, como um dos princípios fundamentais da República Federativa, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com todo o seu indefectível alcance.

Na verdade, como bem explicitado por Barroso (2015, p. 285), “a dignidade humana é um valor fundamental” e, como tal, assume, no plano jurídico, a feição de princípio. E conquanto, segundo o mesmo autor, não se deva banalizar o uso do princípio da dignidade da pessoa humana, como se fosse “uma varinha de condão que resolve problemas, sem maior esforço argumentativo”,

não é menos certo que sua utilidade se mostra abrangente, como excogitado pelo próprio constitucionalista em evidência:

Os princípios operam como fonte direta de direitos e deveres quando do seu núcleo essencial de sentido se extraem regras que incidirão sobre situações concretas. Por exemplo: o conteúdo essencial da dignidade humana implica a proibição da tortura, mesmo em um ordenamento jurídico no qual não exista regra expressa impedindo tal conduta. Já no seu papel interpretativo, o princípio da dignidade humana vai informar o sentido e o alcance dos direitos constitucionais. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução.³

É justamente sob esse foco interpretativo que se precisa analisar a visita íntima como garantia constitucional decorrente da aplicação do princípio da dignidade humana em harmonia com o princípio do respeito ao preso, já que a Constituição Federal estabeleceu expressamente que será assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX)⁴.

O cotejo do fundamento da dignidade humana com a garantia constitucional do respeito aos presos faz com que se possa caminhar por uma ampla via exegética, de modo a se extrair dos referidos ditames uma proteção abrangente. Destarte, vale a pena antever a tendência contemporânea de se conferir ao princípio uma valorização jurídica como alternativa para a realização do direito justo, consoante sustentado por Soares (2010, p. 112):

O novo paradigma pós-positivista enfatiza a relevância teórico-prática dos princípios, oferecendo um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento

³ *In* Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed, São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴ ASSIS, J. C. *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*, 3. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2012. Assis, a propósito, elucida que “nem a Constituição Federal e nem a Lei de Execução Penal preveem a visita íntima. A condição de direito constitucionalmente assegurado advém da interpretação feita pelos defensores da visita, amparada pelo princípio da dignidade humana”.

dos sistemas jurídicos contemporâneos, a fim de conciliar legalidade com legitimidade e restaurar os laços éticos privilegiados entre o direito e a moralidade social.

A alternativa pós-positivista para a materialização de um direito justo passa pelo uso adequado dos princípios jurídicos, como reguladores teleológicos e axiológicos da compreensão do direito, ao permitir o desenvolvimento de uma interpretação capaz de materializar as exigências contingentes de justiça.

Deste modo, embora a Lei de Execuções Penais não disponha expressamente acerca da visita íntima como direito do preso, isso, por si só, não o infirma, tanto que é admitido na maioria dos estabelecimentos prisionais. Portanto enseja-se a necessidade de que o acesso à visita íntima seja universalizado como uma verdadeira garantia e não mera regalia⁵.

Neste sentido, Foureaux (2012, p. 164) é enfático ao sustentar que “vislumbramos que a restrição a visitas íntimas de presos militares em estabelecimentos militares fere o princípio da dignidade da pessoa humana, da intranscendência da pena, da individualização da pena e o da igualdade”.

⁵ Exatamente sobre tal prisma, Soares (SOARES, 2010, p. 127) vai assentar que “as diversas concepções neoconstitucionalistas parecem convergir para o entendimento de que o Direito é um constructo axiológico e teleológico, que impõe a compreensão e aplicação de princípios jurídicos, especialmente aqueles de natureza constitucional, de modo a potencializar a realização da justiça, o que se manifesta plenamente com a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Decerto, entre os diversos princípios ético-jurídicos que adquiriram status constitucional nas últimas décadas, merece destaque a dignidade da pessoa humana, porquanto, na esteira do pós-positivismo jurídico, evidencia-se, cada vez de modo mais patente, que o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um direito justo não é outro senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana”.

Não por outra razão, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) fixou, por meio da Resolução nº 4, de 29 de Junho de 2011⁶, orientação

⁶ RESOLUÇÃO CNPCCP Nº 4, DE 29 DE JUNHO DE 2011 Recomenda aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres seja assegurado o direito à visita íntima a pessoa presa, recolhida nos estabelecimentos prisionais. O Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), no uso de suas atribuições e, Considerando a decisão do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP); Considerando constituir-se a visita íntima em direito constitucionalmente assegurado a pessoa presa; Considerando dever se recomendar aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres que envidem o máximo esforço no sentido de que as pessoas presas tenham condições de usufruir do direito da visita íntima; Considerando o atual Plano de Política Criminal e Penitenciária que dispõe que as diferenças devem ser respeitadas para gerar igualdade de direitos e que as condições sexuais devem ser consideradas inclusive no campo criminal e penitenciário, garantindo visita íntima à população carcerária LGBT; Considerando relatório do Grupo de Trabalho Interministerial Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino, editado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (2008): "Garantia em todos os estabelecimentos prisionais do direito à visita íntima para a mulher presa (hetero e homossexual)", resolve: Art. 1º A visita íntima é entendida como a recepção pela pessoa presa, nacional ou estrangeira, homem ou mulher, de cônjuge ou outro parceiro ou parceira, no estabelecimento prisional em que estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas às relações heteroafetivas e homoafetivas. Art. 2º O direito de visita íntima, é, também, assegurado às pessoas presas casadas entre si, em união estável ou em relação homoafetiva. Art. 3º A direção do estabelecimento prisional deve assegurar a pessoa presa visita íntima de, pelo menos, uma vez por mês. Art. 4º A visita íntima não deve ser proibida ou suspensa a título de sanção disciplinar, excetuados os casos em que a infração disciplinar estiver relacionada com o seu exercício. Art. 5º A pessoa presa, ao ser internada no estabelecimento prisional, deve informar o nome do cônjuge ou de outro parceiro ou parceira para sua visita íntima. Art. 6º Para habilitar-se à visita íntima o cônjuge ou outro parceiro ou parceira indicado deve cadastrar-se no setor competente do estabelecimento prisional. Art. 7º Incumbe à direção do estabelecimento prisional o controle administrativo da visita íntima, como o cadastramento do visitante, a confecção, sempre que possível, do cronograma da visita, e a preparação de local adequado para sua realização. Art. 8º A pessoa presa não pode fazer duas indicações concomitantes e só pode nominar o cônjuge ou novo parceiro ou parceira de sua visita íntima após o cancelamento formal da indicação anterior. Art. 9º Incumbe à direção do estabelecimento prisional informar a pessoa presa, cônjuge ou outro parceiro ou parceira da visita íntima sobre assuntos pertinentes à

no sentido da plena garantia da visita íntima em todos os estabelecimentos penais brasileiros:

A visita íntima é entendida como a recepção pela pessoa presa, nacional ou estrangeira, homem ou mulher, de cônjuge ou outro parceiro ou parceira, no estabelecimento prisional em que estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas às relações heteroafetivas e homoafetivas.

Outro importante passo no trato da matéria foi dado pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação, ao estatuir a Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, na qual resta também garantido o direito à visita íntima para a população LGBT em situação de privação de liberdade.

No mesmo sentido, reputa-se de grande alcance a inovação produzida pela Lei 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamentando a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, ao assegurar o direito à visita íntima aos menores infratores detidos.

São medidas que demonstram o reconhecimento a um direito que se pode observar das regras constitucionais, máxime porque o princípio do respeito aos presos pressupõe não apenas resguardar sua incolumidade física, mas também garantir condições morais e psicológicas para o cumprimento da pena. Naturalmente que isso perpassa por atender a todas as necessidades humanas, inclusive as inerentes à relação sexual com a pessoa com quem mantenha laços afetivos.

prevenção do uso de drogas e de doenças sexualmente transmissíveis. Art. 10. Fica Revogada a Resolução nº 01/99 de 30 de março do ano de um mil novecentos e noventa e nove (30/03/99). Publicada no DOU de 05/04/99, Seção 1. Art. 11, esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. GEDER LUIZ ROCHA GOMES.

Não é razoável supor que o Estado que pratica a violência da prisão possa ampliar tal violência, negando a visita íntima, muitas das vezes punindo o próprio condenado e também estendendo a sanção à esposa, companheira ou namorada. Isso definitivamente em nada favorece o atendimento do escopo principal da Lei de Execução Penal, que é justamente promover a ressocialização do encarcerado. A restrição da visita íntima, ou mesmo sua proibição, antes favorece o aviltamento maior do recluso e certamente um embrutecimento contínuo, em absoluto descompasso com o desiderato educativo da pena. Envilecer ainda mais o condenado é despertar ao longo do ergástulo todo um sentimento de revolta, conspurcando o pouco que resta da dignidade constituída pelos vínculos afetivos que mantém fora do cárcere.

A visita íntima, nas hipóteses alhures retratadas, situa-se como uma garantia decorrente da própria opção estatal pelo sistema punitivo vigente, não podendo ser negada por motivos de ordem administrativa, divorciados dos cânones constitucionais e em nítida *capitis diminutio* do recluso, indo muito além do quanto lançado na sentença penal condenatória, malferindo indubitavelmente os fundamentos que alicerçam o modelo de execução penal acolhido pelo ordenamento jurídico, por projetar consequências danosas para a ressocialização do apenado, mutilado na sua capacidade de expressão afetiva e familiar.⁷

⁷Para Foureaux (2012, p. 164), justificando que a visita íntima estará amparada pelo princípio da dignidade da pessoa humana “...o desejo sexual é natural e inerente a todo ser humano. A sua abstinência pode causar aflição, sofrimento psicológico e emocional, além de atos de violência nos detentos, inclusive, a ausência de visitas íntimas ou a proibição destas é um dos principais motivos de estupros ocorridos em celas no Brasil”.

PONDERAÇÃO DE INTERESSES: TUTELA DOS BENS
CASTRENSES *VERSUS* PRINCÍPIO DO RESPEITO AOS
PRESOS E DIGNIDADE HUMANA

Ponto de vital inflexão concerne à própria finalidade e eficiência do sistema militar, o qual, em consonância com o texto constitucional, agrega missões de magna relevância, autorizando-se a adoção de um modelo jurídico condizente com os valores e princípios que regem tal estrutura, de modo a garantir sua coesão. Essa singularidade faz com que o sistema se torne, muitas das vezes, impermeável a mudanças que se distanciam do sentido orgânico-funcional das Instituições Militares, focadas intensamente na tutela da segurança nacional. Nessa linha de consideração, é cabível alertar que a própria Constituição relativiza algumas garantias individuais, como no caso dos crimes propriamente militares e das transgressões disciplinares, em que os infratores poderão ser presos independentemente de flagrante ou de mandado judicial (art. 5º, LXI), descabendo, igualmente, o *habeas corpus* em relação às infrações disciplinares (art. 142, § 2º).

Tudo isso mostra que os valores que governam o contexto militar são, precipuamente, voltados para que as Instituições cumpram o seu papel de forma eficiente, considerando que a Defesa Nacional assume preponderância na organização, preparo e emprego das forças militarizadas.

Neste norte, não há como deixar de entrever que a Constituição eleva o grau de importância das atribuições conferidas às Instituições Militares, acatando certas exceções, que seriam justificáveis em contraposição ao modelo garantista, em decorrência da própria especificidade da atuação militar e da necessidade de um contínuo preparo das tropas, de modo a que promovam eficientemente a tutela da segurança nacional.

A proteção dos bens e interesses castrenses, portanto, ostenta evidente grau de destaque no ordenamento jurídico militar, recebendo do constituinte uma atenção diferenciada, com normas que revelam bem a dimensão dessa atividade indelegável, inadiável e essencial para o Estado.

Na contraponta desse tratamento distinto, em que são vedadas greves, sindicalizações e ainda se exige dedicação máxima, com demonstração diuturna da dignidade e compatibilidade para o exercício do *mínus* castrense, observa-se a imprescindibilidade de se colocar o militar no mesmo patamar de direitos e garantias fundamentais não vulnerados pela rigidez do sistema militar.

Com isso, quando o cometimento de uma infração disciplinar ou de um crime enseja o encarceramento do militar, não se pode deixar de reconhecer que deverá, igualmente, ser destinatário do mesmo respeito, com as garantias inerentes à supressão de sua liberdade individual.

Enquanto não destituído da condição de militar e lançado no modelo de execução penal comum, o militar terá o estabelecimento prisional militar como recinto para cumprimento de sua pena, devendo ser observados os direitos a que faz jus, inclusive, neste caso, a visita íntima.

E quanto a isso, acredito não se poder opor o fundamento de que a natureza dos bens e interesses tutelados no âmbito militar não se coadunaria com a concessão da visita íntima aos reclusos, por eventual exposição dos valores e princípios vetores deste singular *ethos*.

É que, sabidamente, embora haja previsão no Código Penal Militar que proíbe a prática de atos de libidinagem em lugar sujeito à administração militar, incluindo aqui naturalmente o próprio coito *inter femora* ou outra prática sexual, não é menos certo que tal regra se aplica apenas às hipóteses desautorizadas, de

modo que a regra pode e deve comportar exceções, em que se regula a possibilidade da visita íntima, sem incorrer em qualquer ofensa aos bens e valores militares. Imaginar que um militar, por exemplo, não possa se avistar intimamente com o cônjuge, durante os vários meses em que esteja cumprindo pena, apenas pelo argumento de que não se pode permitir o ato sexual em estabelecimento prisional militar por se situar em lugar sob administração militar, é, no mínimo, fugir ao debate sério que deve nortear o enfrentamento do problema, em claro menoscabo ao fundamento da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha argumentativa, é vital trazer a foco a questão da ponderação de princípios, valores e interesses, para avaliar as regras que garantem o direito à visita íntima em contraposição às regras que dão substrato ao rígido sistema castrense, inclusive com previsão de figura típica para as práticas ocorridas em área sujeita à administração militar.

Primeiramente vale lembrar com Ávila (2013, p. 166), ao se referir à finalidade prática que deve guiar a ponderação:

O dever de realização máxima de valores que se imbricam. Esse postulado surge da coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários. Daí se falar em dever de harmonizar os valores de modo que eles sejam protegidos ao máximo. Como existe uma relação de tensão entre os princípios e as regras constitucionais, especialmente entre aqueles que protegem os cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao Estado, deve ser buscado um equilíbrio entre eles. A esse respeito, Dürig fala do dever de buscar uma síntese dialética entre as normas imbricadas, com a finalidade de encontrar uma otimização entre os valores em conflito. (Destaques do original).

O que se observa, ao se discutir a questão da visita íntima nos quartéis, é exatamente o resguardo de uma garantia fundamental e a necessidade de se conciliar o seu atendimento com os valores castrenses representados pelo lugar em que se localiza o estabelecimento prisional, as suas rotinas e o seu sentido organizacional,

corporificando-se, em derradeira análise, aquilo a que se denomina de espírito de coesão⁸.

Em tal viés argumentativo, interessa saber se haveria em tempo de paz, em que as Instituições militares não estão envolvidas com qualquer esforço bélico, algum comprometimento na concessão do acesso à visita íntima aos militares em prisão provisória ou em cumprimento de penas definitivas.

Tudo converge para fazer acreditar que, embora a defesa das instituições democráticas e do próprio país seja de ordem prioritária, nada impede que se garanta aos presos militares o atendimento do quanto assinalado nas normas inscritas no arcabouço constitucional, e que representam o plexo de mínimas garantias conferidas a todo ser humano limitado em sua liberdade individual, incluindo o acesso à alimentação, saúde, educação, banho de sol, assistência religiosa e, por que não dizer, à controvertida visita íntima.

Postas as questões que aparentemente se antagonizam, o que se cogita é exatamente harmonizar os valores apontados, de modo que se alcance o necessário equilíbrio entre os princípios e regramentos constitucionais que protegem o preso e os que conferem poderes ao Estado (Instituições Militares), perseguindo-se aquilo que Dúring designa por síntese dialética das normas, de forma a se obter a otimização entre os valores em conflito.⁹

Sob a ótica constitucional, portanto, os valores que regem o edifício militar não são conspurcados, e nem reduzidos em seu alcance e importância, pela realização de outros valores igualmente significativos – dignidade humana

⁸ Vale dizer, a integração que deve existir entre os pares militares, sob o irrestrito sentido de acatamento da disciplina e hierarquia, de modo a impedir qualquer dispersão prejudicial à união de esforços que caracteriza a organização militar.

⁹ Citado por Ávila (2013, 166).

e respeito aos presos, que representam um norte a orientar todo o Estado na prossecução dos objetivos traçados na Carta Fundamental.

À luz de tais considerações, é de se apreender que, de forma equilibrada, deve a Administração Militar atentar para os valores que resguardam os direitos do preso em consonância com o primado da dignidade humana, adequando o espaço próprio para que o recluso militar possa, enquanto custodiado em estabelecimento militar, satisfazer suas necessidades físico-psico-afetivas, respeitando-se as regras inerentes às Instituições Militares.

4.1 A ausência de estrutura física nas organizações militares e o recente precedente do STF

Argumenta-se em abono da tese contrária à admissão de visita íntima nos aquartelamentos que os estabelecimentos prisionais militares estão localizados junto aos Corpos da Guarda, normalmente na entrada das Organizações Militares, em estruturas limitadas, completamente destituídas de espaço físico para a realização da visita íntima.

De fato, os fundamentos apresentados contêm razoabilidade, uma vez que, à exceção do Presídio de Marinha, os demais estabelecimentos militares destinados ao encarceramento disciplinar ou penal não possuem uma estrutura abrangente, normalmente contemplando poucas celas e uma pequena área para o banho de sol.

A permanecer tal estrutura, dificilmente haveria como, com dignidade, adotar um sistema de visita íntima, até porque a exposição seria inevitável, visto que tais estabelecimentos funcionam, repita-se, no mesmo edifício destinado ao Corpo da Guarda, o que poderia causar indesejáveis constrangimentos.

Assis (2012, p. 197), tomando por base a distinção entre estabelecimento militar, estabelecimento penal militar e penitenciária militar constante do Código Penal Militar, assevera que a plenitude da concessão da visita íntima é possível de ser aplicada nas penitenciárias militares e nos estabelecimentos penais militares (OMs adaptadas), sendo inviável sua aplicação nas Organizações Militares por excelência, as OMs ou OPMs, ou, como são vulgarmente conhecidas: os quartéis.

Diante de tal quadro, outra alternativa não resta a não ser a de que o Ministério Público Militar, em consonância com a recente Decisão emanada da Suprema Corte Federal, possa vindicar a realização das obras necessárias para que os estabelecimentos prisionais militares passem pelas reformas que garantam a visita íntima para os reclusos, com um mínimo de privacidade e respeito. Com efeito, a Decisão lavrada nos autos de RE 592581/RS¹⁰, sacramenta, entre outras medidas, que:

¹⁰ EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.

I – É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.

II – Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.

III – Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.

IV – Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva

nos termos do que preceitua o artigo 5º (inciso XLIX) da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes.

É, de fato, uma Decisão que representa inegável marco divisor no trato das questões afetas ao sistema prisional brasileiro, definindo rumos até então inimagináveis, já que possibilita que o Ministério Público provoque o Poder Judiciário em todas as situações que exijam adequação, de modo a se garantir o império do primado da dignidade da pessoa humana, com o respeito aos direitos dos presos.

Veja-se que nem é mais oponível o argumento da reserva do possível, que normalmente permeava os debates, restringindo as possibilidades de concretização das melhorias indispensáveis à submissão responsável de seres humanos ao encarceramento. A partir de tal relevante precedente, o Poder Judiciário poderá concitar o Executivo a empreender as ações que se fizerem necessárias, não mais havendo guarida para a frágil tese de escassez de recursos, como bem pontificado pelo Relator do feito:

Para o ministro, não cabe também falar em falta de verbas, pois o Fundo Penitenciário Nacional dispõe de verbas da ordem de R\$ 2,3 bilhões, e para usá-los basta que os entes federados apresentem projetos e firmem convênios para realizar obras. Mas, para Lewandowski, não existe vontade para a implementação de políticas, seja na esfera federal ou estadual, para enfrentar o problema.

Com isso, concluiu que a chamada cláusula da reserva do possível também não pode ser usada como argumento para tentar impedir a aplicação de decisões que determinem a realização de obras emergenciais.¹¹

do possível ou princípio da separação dos poderes.

V – Recurso conhecido e provido.

¹¹ *In* RE 592581/RS.

Por conseguinte, tendo em conta que, conforme remarcado no Decisório em análise, o Ministério Público detém legitimidade para requerer em juízo a implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo para concretizar a garantia de direitos fundamentais coletivos, e que cabe ao Judiciário agir para garantir aos presos tratamento penitenciário digno, como forma de preservar seus direitos fundamentais, força é convir que tal ilação se estende aos órgãos do Ministério Público Militar e ao sistema prisional militar, de maneira que todas as necessárias obras para acolher condignamente os reclusos não de ser deflagradas por meio dos instrumentos competentes, incumbindo à Justiça Militar da União determinar a concretização de tal obrigação.

5

CONCLUSÃO

A visita íntima nos estabelecimentos penais comuns ou militares constitui não uma regalia, mas uma garantia constitucional respaldada tanto pelo princípio da dignidade humana quanto pelo princípio do respeito ao preso.

Ademais, o sistema prisional, seja qual o nível, precisa humanizar-se cada vez mais, de modo que o acesso ao afeto possa proporcionar condições mínimas de dignidade para o recluso, contribuindo para sua recuperação, assim como outros importantes mecanismos de caráter ressocializante, como o trabalho e a educação.

Por outra rota e apenas para incrementar as reflexões sobre o tema, não se pode olvidar dos aspectos da afetividade que tangenciam a discussão, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio em muito valoriza a unidade familiar e os laços que dela possam resultar, de modo que todo o esforço que venha a ser empreendido para recuperação do recluso, no que pertine à manutenção, extramuros, das relações com

os entes queridos (pais, esposa, filhos etc), certamente que favorece sua reinserção no âmbito social.

Com efeito, não é razoável supor que o preso consiga superar seus próprios flagelos confinado em uma cela e distanciado de toda e qualquer convivência além daquela com seus próprios pares de infortúnio. Demais disso, ao tolher a visita íntima, mais do que subtrair a liberdade como decorrência do veredicto condenatório, o Estado também faz incidir sobre as pessoas do círculo afetivo do apenado uma consequência que não poderia ser suportada por quem não cometera qualquer delito. É como se a pena ultrapassasse a pessoa do condenado, projetando efeitos sobre outros seres humanos não alcançados pela sentença judicial, mas que estão ligados por fortes vínculos ao preso, dele necessitando atenção, ainda que esporádica, para poder continuar, com a dignidade possível, a reconstruir os alicerces de suas vidas irremediavelmente alcançadas pela prisão do ser amado.

O sistema prisional militar, por mais particularizado que seja, na medida em que se propõe a abrigar presos provisórios ou definitivos, não pode se distanciar das linhas mestras que regem a execução penal, devendo-se ajustar para oferecer as condições que atendam às garantias legais e constitucionais vigentes, nisso incluindo o próprio acesso à visita íntima.

Não se pode sustentar, ao menos em tempo de paz – em que não ocorram riscos tão imediatos para a segurança nacional, que se antepõem os valores e princípios castrenses como óbices à concretização plena dos demais princípios constitucionais que regem os presos, incluindo os reclusos militares, que, também em sua condição humana, hão de ser respeitados em suas carências durante a prisão, com direito à regular visita íntima do cônjuge ou companheiro (a). São valores em tensão que devem ser sopesados de forma coerente, a fim de se extrair sua máxima concretização, otimizando-se o seu alcance. Sob tal prisma,

é essencial que o acesso à visita íntima pelo preso militar se realize de forma absolutamente condizente com as normas que governam o ambiente militar, devendo haver espaço condignamente estruturado, onde prevaleça o recato e a privacidade.

De tudo quanto versado, fica a convicção de que incumbirá ao Ministério Público Militar, nos termos do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal, buscar as adequações que se fizerem necessárias nos estabelecimentos militares, de modo a resguardar as mencionadas garantias e alcançar a máxima efetividade das normas constitucionais examinadas.

6

REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. 3. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2012.

ASSIS, J. C. / LAMAS, C. R. *Execução da Sentença na Justiça Militar*. 3. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2011.

ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, S. S. *Princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



FOUREAUX, R. *Justiça Militar: aspectos gerais e controversos*. São Paulo: Fiúza, 2012.

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

SOARES, R. M. F. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. Saraiva, São Paulo, 2010.

INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO CRIMINAL MILITAR E O PRAZO PARA A OPOSIÇÃO DE EXCEÇÕES

INTERROGATION AT THE END OF THE
MILITARY PRE-SENTENCE
INVESTIGATION AND DEADLINE FOR TO
OPPOSE EXCEPTIONS

Cícero Robson Coimbra Neves

Promotor de Justiça Militar na Procuradoria de Justiça Militar em
Fortaleza(CE)

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 tem o objetivo de apontar as consequências do deslocamento do momento do interrogatório do acusado para o final da instrução criminal militar na oposição de exceções pela acusação e pela defesa. A razão impressa nos dispositivos do Código de Processo Penal Militar que tratam da oposição de exceções está ligada ao fato de o interrogatório ser o primeiro ato da instrução criminal, de maneira que o seu deslocamento para o fim da marcha processual abala a aplicação de alguns comandos, qual ocorre com o art. 407 do mesmo Código, que fixa o prazo de 48 horas, a contar do interrogatório do réu,

para a oposição de exceção pelas partes. Embora já se discutisse a possibilidade de inversão do momento do interrogatório, a doutrina e a jurisprudência ainda não avaliaram o reflexo dessa nova situação em outros institutos processuais penais militares, a exemplo do mencionado artigo, pretendendo-se, aqui, indicar uma solução aceitável.

PALAVRAS-CHAVES: Processo Penal Militar. Momento do interrogatório. Oposição de exceções. Ampla defesa. Contraditório. Devido processo legal.

ABSTRACT: The present work aims to indicate the consequences of the displacement of the interrogation of the defendant to the end of military criminal Discovery phase challenging the exceptions by the author and the defendant. The reasoning brought in the provisions of the Military Criminal Procedural Code addressing the challenge of exceptions is linked to the fact that the interrogation is the first stage of the criminal investigation, so that its displacement to the end of the procedural action undermines the application of some provisions, as occurred with art. 407 of the same Code, which establishes a period of 48 hours, from the defendant's interrogation, for the challenging of exception by the parties. Although the possibility of inversion was already discussed at the interrogation phase, the doctrine and jurisprudence have not evaluated the reflection of this new situation in other military criminal procedure institutes, as exemplified by the aforementioned article, therefore, the present study aims to indicate an acceptable solution.

KEYWORDS: Military criminal procedure. Interrogation phase challenging of exceptions. Full defense. Adversary proceeding. Due process of law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Inversão do momento do interrogatório – 3. Aplicação suplementar da lei processual penal comum ao processo penal militar – 4. Noções gerais sobre as exceções – 5. Inversão do momento do interrogatório e seus reflexos no prazo para a oposição de exceções – 6. Conclusão – 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O processo penal militar, em função de um “esquecimento legislativo”, tem conhecido um descompasso em relação ao processo penal (comum). É dizer, por outras letras, que o legislador brasileiro, ao alterar o Código de Processo Penal (CPP), em regra, esquece-se de promover a mesma alteração no Código de Processo Penal Militar (CPPM), de maneira que as inovações, presumivelmente para adaptar o curso processual aos postulados constitucionais, apenas são trasladados para o processo penal militar após muita discussão doutrinária e jurisprudencial.

Tal ocorreu com a inovação trazida pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, que inaugurou outra dinâmica processual ao alterar dispositivos do Código de Processo Penal, interessando especialmente ao caminho aqui proposto a nova redação do art. 400 do CPP, segundo o qual na audiência de instrução e julgamento o interrogatório passou a ser o último ato instrutório.

Discutiu-se, por algum tempo, se essa inovação teria um mote constitucional a garantir a ampla defesa e o contraditório, de maneira a exigir, também, que no processo penal militar o momento do interrogatório fosse deslocado para o final da instrução criminal, negando-se a aplicação do art. 302 do CPPM que define como momento adequado para esse ato o início do curso processual.

Finalmente, no primeiro trimestre de 2016, levada a discussão ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, a questão foi pacificada jurisprudencialmente, definindo-se que o deslocamento do interrogatório para o fim da instrução deveria ser aplicado igualmente no processo penal militar.

Ocorre que, a reboque dessa aplicação, questões que demandam estudo e adaptação têm sido detectadas, apontando-se como uma delas a definição de prazo para a oposição de exceções pelas partes que, no processo penal militar, é fixado em

até 48 horas, contadas a partir do interrogatório do acusado, sob a premissa de que esse ato seria o primeiro da instrução.

Impõe-se, portanto, tornear o problema detectado e idealizar soluções possíveis para ele, contando sempre com a benevolência dos estudiosos no sentido de que possam compreender que lavra-se aqui um estudo inicial, que certamente merecerá no futuro discussões mais aprofundadas e, talvez, uma revisitação do próprio autor.

2 INVERSÃO DO MOMENTO DO INTERROGATÓRIO

A primeira previsão do CPPM, ao tratar dos atos probatórios em espécie, no art. 302, é sobre a qualificação e o interrogatório do autor da infração, acusado no processo penal militar.

Qualificação consiste na identificação precisa, no termo respectivo, do suposto autor da infração, nela é consignado o maior número de dados possíveis, como nome, filiação, naturalidade e nacionalidade, números de documentos, estado civil, endereço e profissão. O interrogatório, por sua vez, consiste na exploração por aquele que conduz o processo do fato criminoso, pela promoção de perguntas que busquem esclarecer o que de verdade ocorreu, direcionadas ao suposto autor da infração penal militar.

Qualificação e interrogatório são indissociáveis, razão pela qual o art. 306 do CPPM (embora o art. 302 mencione ambos os termos) trata essas duas realidades sob o signo único de interrogatório.

Apesar de enumerado como ato probatório, inegável que o interrogatório também se constitui em meio de defesa. Nesse sentido a lição de Cláudio Amin e Nelson Coldibelli:

Trata-se de ato exclusivo do Conselho de Justiça, cabendo somente a este formular perguntas ao réu. Essas perguntas serão feitas primeiramente pelo Juiz Auditor e, posteriormente, pelos demais membros por ordem hierárquica, sempre através do Juiz Auditor, ou seja, o Juiz militar formula a pergunta oralmente e, caso o Juiz Auditor entenda ser pertinente, perguntará ao réu. As dúvidas a esse respeito foram devidamente esclarecidas pelo que dispõe o artigo 30, inciso VI, da atual Lei de Organização Judiciária Militar. Às partes cabe apenas se manifestarem quando o juiz violar algum dispositivo legal ou deixar de consignar algo que tenha sido falado pelo acusado. O réu tem o direito de permanecer em silêncio e essa atitude não poderá ser usada contra ele, pois o interrogatório é um meio de defesa.¹

Ambos, qualificação e interrogatório, são realizados num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia, pela estrita previsão do CPPM. A qualificação e o interrogatório do acusado que se apresentar, ou for preso no curso do processo, serão feitos logo que ele comparecer perante o juiz (art. 302, parágrafo único, do CPPM).

Em outros termos, pela lei processual penal militar, caso o réu esteja presente à instrução criminal ou preso, a qualificação e o interrogatório devem ser procedidos antes de ouvidas as testemunhas, ou seja, como primeiro ato da instrução criminal, diferentemente do que prevê o CPP, em que o interrogatório se constitui em ato final da instrução.

O art. 400 do CPP, já com a redação dada pela mencionada Lei n. 11.719/2008, dispõe que na

audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de sessenta dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

¹ MIGUEL, C. A.; COLDIBELLI, N. *Elementos de direito processual penal militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 139.

Nitidamente, repita-se, o interrogatório passou a ser o último ato enumerado no processo penal (comum), restando verificar se essa previsão deve ser trasladada para o processo penal militar.

Ressalve-se, antes de prosseguir, que nas Justiças Militares Estaduais, para os processos de competência do juízo singular, há a visão de que o procedimento, como um todo, pode ser trasladado do CPP, diante da omissão do CPPM, que, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, não sofreu alteração para acompanhar a disciplina constitucional da matéria.

Assim, a questão em construção se refere aos casos em que o aplicador da norma desejar manter o procedimento trazido pelo CPPM, mas com algumas pontuais absorções do disposto na lei processual penal comum, à evidência, nos processos em curso pela Justiça Militar da União, em que não se conhece o processo de competência monocrática, e nas Justiças Militares Estaduais, nos processos de competência do escabinato, ou seja, crimes militares não praticados contra civis.

Ainda de forma preliminar, há que se verificar que o art. 188 do CPP, determina que, após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante, ou seja, pode-se dizer que se instala característica de contraditório no interrogatório. No processo penal militar, essa realidade também está presente; é conhecida, sem controvérsia na prática diária, com o aval jurisprudencial (STM, Correição Parcial n. 2005.01.001888-6/PE, rel. Min. Flávio de Oliveira Lencastre, j. 19.04.2005), a possibilidade de as partes formularem perguntas ao interrogando, embora o parágrafo único do art. 303 do CPPM disponha apenas que, findo o interrogatório, poderão as partes levantar questões de ordem, que o juiz resolverá de plano, fazendo-as consignar em ata com a respectiva solução, se assim lhe for requerido.

Por essa realidade do processo penal comum e militar, a natureza híbrida do interrogatório ganha preponderância para considerá-lo meio de defesa, sob o crivo do contraditório, visto que se garante que as partes nele funcionem, como ocorre com a tomada de declarações das testemunhas.

Partindo da premissa de que o interrogatório é meio de defesa, de forma preponderante, naturalmente, há que se garantir seu deslocamento para o final da instrução, sob pena de afronta à amplitude de defesa e do contraditório. Em outras letras, deve o interrogatório, para que principalmente a defesa possa arguir, ser levado a efeito apenas após a produção completa de provas da instrução, pela oitiva de testemunhas, do ofendido, juntada de documentos etc., ou então as questões evidenciadas por esses atos probatórios não poderão ser exploradas no ato do interrogatório.

Dessa maneira, como já se defendeu², a norma do art. 302 do CPPM, por afrontar a ampla defesa, o contraditório e, acrescente-se, a isonomia – já que neste caso não há pressuposto lógico para o *discrímen*, aproveitando as lições de Bandeira de Mello³, clamando um tratamento isonômico entre jurisdicionado da Justiça Militar e da Justiça Comum –, padece de inconstitucionalidade, importando em uma omissão da lei processual penal militar a ser suprida pela lei processual penal comum, nos termos da alínea a do art. 3º do CPPM, aplicando-se a regra do art. 400 do CPP aos processos de competência do escabinato, em curso na Justiça Militar da União ou nas Justiças Militares Estaduais.

² NEVES, C. R. C. *Manual de direito processual penal militar em tempo de paz*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 670.

³ MELLO, C. A. B. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 41.

Havia resistência a essa posição, como muito bem advertia Jorge César de Assis, consignando que o

STJ já decidiu que, como o CPPM disciplina o interrogatório do réu, não se evidencia omissão, prevalecendo assim a especialidade da Justiça Militar, não cabendo aplicação analógica do Código de Processo Penal comum, no tocante ao fato de o interrogatório do acusado ocorrer ao final da instrução (5ª T., RHC 29.212/RS, rel. Min. Gilson Dipp, Dje 19.12.2011)⁴.

No Superior Tribunal Militar, inclusive, foi editada a Súmula 15, segundo a qual a “alteração do art. 400 do CPP, trazida pela Lei n. 11.719, de 20 Jun 08, que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União”.

Já no Supremo Tribunal Federal a compreensão era oscilante; havia divergência de entendimentos das Turmas, entendendo a Primeira Turma que a regra do CPP deveria ser aplicada também no processo penal militar, enquanto a Segunda Turma, em prestígio à especialidade, decidia no sentido de se manter o rito especial. Essa divergência durou até 3 de março de 2016, quando a questão foi levada a Plenário que, pacificando o entendimento daquela Corte, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 127.900-AM, sob relatoria do Ministro Dias Toffoli, por maioria de votos, decidiu a favor da aplicação do art. 400 do CPP aos feitos em curso na Justiça Militar. Do julgamento, restou a seguinte Ementa:

Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no

⁴ ASSIS, J. C. *Código de Processo Penal Militar anotado*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 422.

art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. 1. Os pacientes, quando soldados da ativa, foram surpreendidos na posse de substância entorpecente (CPM, art. 290) no interior do 1º Batalhão de Infantaria da Selva em Manaus/AM. Cuida-se, portanto, de crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, o que atrai a competência da Justiça Castrense para processá-los e julgá-los (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). 2. O fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa. 3. Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302). 4. A Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). 5. Por ser mais benéfica (lex mitior) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal. 6. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14. 7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado (g.n.).

Ressalte-se do julgado que, ainda que os Ministros tenham, no caso concreto, negado o pedido formulado, tendo em vista o princípio da segurança jurídica, fixaram a orientação no sentido de que, a partir da publicação da ata do julgamento, a regra do CPP fosse aplicada às instruções não encerradas nos processos de natureza penal militar e eleitoral e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial. A ata de julgamento foi publicada em 11 de março de 2016, marco a ser considerado para a observância da regra definida pelo STF.

Frise-se, enfim, que na atual visão o interrogatório deve ser o último ato da instrução criminal militar. Entende-se como esse momento, em uma adaptação da regra ao CPPM, a sequência após as declarações do ofendido, as inquirições das testemunhas de acusação e de defesa, eventuais esclarecimentos dos peritos, acareações e reconhecimentos de pessoas e coisas, malgrado já se tenha sustentado que somente após as diligências possíveis em decorrência do art. 427 do CPPM é que haveria o último ato da instrução criminal a anteceder o interrogatório.

3

APLICAÇÃO SUPLEMENTAR DA LEI PROCESSUAL PENAL COMUM AO PROCESSO PENAL MILITAR

Além das regras de interpretação da lei processual penal militar, em especial a literal expressamente priorizada no art. 2º do CPPM, em muitos casos deve-se buscar a integração da lei adjetiva. Embora haja a referência a tudo como interpretação (em sentido lato), a aplicação da lei ao caso concreto pode dar-se com apoio da interpretação (em sentido estrito) ou da integração da lei processual penal militar.

Em concepção genérica, ao lado dos princípios gerais do Direito e dos costumes, a analogia é enumerada pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, com a ementa alterada pela Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010), como forma de integração da lei brasileira, fenômeno que ocorre no Direito Penal Militar e também no Direito Processual Penal Militar.

Em nome do princípio da indeclinabilidade da jurisdição (inafastabilidade da jurisdição ou *non liquet*), no Brasil, o juiz não pode furtar-se a decidir uma questão prática colocada ao seu jugo, ainda que não haja na legislação vigente norma expressa que tutele a pretensão, qualquer que seja ela, afeta à jurisdição penal ou civil.

Uma vez impedida a abstenção do julgador, deve ele, em face da previsão lacunosa ou omissão da lei em um caso concreto, integrar a norma jurídica, aplicando o Direito de acordo com os costumes, os princípios gerais do Direito e a analogia, que são, exatamente pelo caráter inovador, compreendidos como fontes formais mediatas do Direito Processual Penal.

Interessa ao raciocínio em construção a analogia, traduzida como um processo de integração em que há a criação de uma norma processual penal que, originariamente, não existe, isso com base em uma previsão análoga do próprio sistema em curso, ou de um sistema exógeno, que pode até mesmo ser estrangeiro.

No Direito Processual Penal Militar, no entanto, além dos mecanismos postulados pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (usos e costumes, princípios gerais do Direito e analogia), há, em primeira análise, dois outros a serem considerados: a aplicação suplementar da lei processual penal comum e a jurisprudência. É o que dispõe o art. 3º do CPPM, verbis:

- Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos:
- a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;
 - b) pela jurisprudência;
 - c) pelos usos e costumes militares;
 - d) pelos princípios gerais de Direito;
 - e) pela analogia.

Em verdade, o artigo indicado é desnecessário, a não ser para trazer minúcias às outras formas de integração.

Entende-se, em primeiro lugar, que a aplicação da jurisprudência para completar a omissão estará em alinhamento com a analogia, os usos e costumes (ainda que militares) ou os princípios gerais do Direito. Ora, pressupõe-se que essa “jurisprudência integradora” refira-se a casos afetos ao Direito Processual Penal Militar, de sorte que houve um primeiro caso, um *leading case*, que necessariamente teve de inaugurar a compreensão em face da omissão. Note-se que a esse *leading case*, inovador, não havia decisão anterior, de sorte que sua constituição não

possuía jurisprudência, utilizando-se, desse modo, como norma integradora, os três clássicos mecanismos (analogia, costumes e princípios gerais). Assim, aplicar a jurisprudência para suprir a omissão da lei processual penal militar nada mais é, em última análise, que replicar uma primeira decisão tomada com arrimo nos usos e costumes militares, na analogia ou nos princípios gerais do Direito.

Em outra direção, enumerar expressamente a aplicação da legislação processual penal comum como fonte integradora é ratificar a analogia como forma de integração. Como há a omissão da legislação processual penal militar, ao buscar socorro na legislação processual penal comum (ou em qualquer outra legislação), haverá a utilização da analogia, conforme o conceito acima exposto. Contudo, parece que nesse caso o legislador teve a intenção de reduzir sua aplicação, vedando-a nos casos em que a índole do processo penal militar seja contrariada.

A expressão “índole do processo penal militar”, no entanto, não comporta conceito normativo e é de difícil apreensão.

Tente-se torneá-la, a partir das lições de Jorge César de Assis:

Deve ser considerado que a chamada índole do processo penal militar está diretamente ligada àqueles valores, prerrogativas, deveres e obrigações, que sendo inerente aos membros das Forças Armadas, devem ser observados no decorrer do processo, enquanto o acusado mantiver o posto ou graduação correspondente.

Fazem parte da índole do processo penal militar as prerrogativas dos militares, constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus militares e cargos (Estatuto dos Militares, art. 73), e que se retratam já na definição do juízo natural do acusado militar (Conselho Especial ou Permanente); na obrigação do acusado militar prestar os sinais de respeito aos membros do Conselho de Justiça; a conservação, pelo militar da reserva ou reformado, das prerrogativas do posto ou graduação, quando praticada ou contra ele é praticado crime militar (CPM, art. 13); a presidência do Conselho pelo oficial general ou oficial superior (LOJMU, art. 16, letras a e b); a prestação do compromisso legal pelos juizes militares (CPPM, art. 400) etc⁵.

⁵ ASSIS, J. C. *Análise das recentes alterações do Código de processo penal comum e a possibilidade de aplicação na Justiça Militar*. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/alteracoescpppmpm.pdf>. Acessado em: 05 ago. 2016.

Com efeito, a palavra “índole” significa uma característica, uma propensão natural, aquilo que é essencial, uma tendência ou inclinação, de sorte que a índole do processo penal militar pode ser traduzida como o que constitui a sua essência e sua tendência.

Em essência, o processo penal militar é composto por um conjunto de atos coordenados, sua inclinação é a solução da lide penal militar. Todavia, a essência deve ser adjetivada, pois os atores do processo penal militar possuem qualidades peculiares, já que, muitas vezes, réu e juízes militares integrantes do Conselho de Justiça são militares em acomodação hierárquica, uns em relação aos outros, de modo que essa condição não pode ser esquecida. Em sendo a inclinação do processo penal militar a solução de conflitos decorrentes da prática de um crime militar, não pode o processo servir ao surgimento de outra lide de mesma natureza, permitindo, pois, que um subordinado hierárquico desrespeite seu superior. Assim, muito acertada a visão de Jorge César ao compor a índole do processo penal militar com prerrogativas dos militares, constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus militares e cargos, obrigações do acusado, entre as quais a de prestar os sinais de respeito aos membros do Conselho de Justiça, a conservação, pelo militar da reserva ou reformado, das prerrogativas do posto ou graduação, quando pratica ou contra ele é praticado crime militar etc.

Por outro lado, o atendimento à índole do processo penal militar não pode ser imune ao teste de constitucionalidade, de sorte que, no caso concreto, se essa índole não encontrar arrimo na Constituição Federal, deverá ser afastada em favor da aplicação de uma norma processual penal comum, por exemplo, mais branda.

Mas o que teria a integração da norma penal militar a ver com a inversão do momento do interrogatório?

A responder essa indagação, deve-se resgatar o que acima se consignou sobre o fato de manter o interrogatório no início da instrução criminal importar em afronta aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, vez que é um direito da Defesa ter maximizado os dois primeiros com a possibilidade de o acusado somente se manifestar nos autos, em sua autodefesa, após a produção probatória completa, assim como, em relação ao princípio da isonomia, não se enxerga pressuposto lógico para o *discrimen* entre o jurisdicionado da Justiça Militar e os da Justiça Criminal (comum), de modo a justificar que em um caso seja o interrogatório o primeiro ato e noutra o encerramento da instrução criminal.

Essa afronta aos princípios indicados leva à conclusão de que a melhor conformidade com o texto constitucional está no art. 400 do CPP e não no art. 302 do CPPM, que deve ser declarado inconstitucional. Reconhecida sua inconstitucionalidade, em sequência, surge a lacuna (omissão) na lei processual penal militar, o que permite buscar em outro sistema ordenado – por analogia, aplicação subsidiária ou outra designação que se queira dar – a solução para a questão.

Deve-se notar que essa construção – frise-se, que também já foi defendida anteriormente⁶ – embora não conste da transcrita Ementa do julgamento do *Habeas Corpus* n. 127.900-AM, foi a linha central de raciocínio, por exemplo, do voto do Ministro Edson Fachin, um dos que entenderam pela necessidade de inversão do momento do interrogatório também no processo penal militar. Diz o Eminentíssimo Ministro:

Não há dúvida, sob a minha ótica, de que a realização do interrogatório do acusado após a oitiva das testemunhas tem como efeito maximizar as garantias do contraditório, ampla defesa e devido processo legal (art. 5º, LV e 5º, LVI, da Constituição da República). Afinal, como é um ato de autodefesa, ao acusado se dá a oportunidade de esclarecer ao julgador eventuais fatos contra si relatados pelas

⁶ NEVES, C. R. C. *Manual de direito processual penal militar em tempo de paz*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69.

testemunhas. Falando por último, o réu tem ampliada suas possibilidades de defesa.

A questão que se impõe, então, é saber se a regra do art. 302 do Código de Processo Penal Militar, que prevê o interrogatório do acusado antes da oitiva das testemunhas é incompatível com a Constituição ou não.

Digo isso porque o art. 3º do Código de Processo Penal Militar admite a aplicação subsidiária das regras do processo penal comum apenas para os casos omissos. Quanto ao momento em que deva se proceder ao interrogatório do acusado não há omissão na lei especial que implique em complementação pela legislação comum.

Sendo assim, com a devida vênia de compreensões contrárias, não vejo como se possa, sem declarar a não recepção da regra especial que estabelece o interrogatório como tendo lugar antes da oitiva das testemunhas, determinar-se que se realize o interrogatório nos termos do que impõe a legislação processual penal comum.

Prossegue afirmando que o fato de se reconhecer a inconstitucionalidade da norma penal militar agora não importa necessariamente em reconhecer também que era inconstitucional o CPP antes da Lei n. 11.719/08, em função de essa nova guinada de interpretação ser natural na evolução jurisprudencial, naquilo que se denomina mutação constitucional ou interpretação evolutiva.

Resuma-se até aqui, portanto, que o interrogatório, como ato inequívoco de defesa (autodefesa), deve ser procedido após toda a produção de provas na instrução criminal, de maneira que o art. 302 do CPPM, por afrontar a ampla defesa e o contraditório – além da isonomia – não foi recepcionado pela Constituição Federal, o que permite a aplicação subsidiária, ou por analogia, da regra do Código de Processo Penal (comum), especificamente o art. 400, deslocando-se o interrogatório para o momento posterior ao das declarações do ofendido, inquirições das testemunhas de acusação e de defesa e, se houver, esclarecimentos dos peritos. No que concerne ao deslocamento do interrogatório para o final da instrução criminal militar, ainda que não unanimemente com base na não recepção do art. 302 do CPPM, reina orientação do Supremo tribunal Federal nesse sentido, o que deve ser observado a partir de 11 de março de 2016, nos processos da Justiça Militar que não tenham encerrado a instrução.

Ocorre que, como consequência dessa importante mudança, alguns dispositivos também passam a ser questionados, alguns ligados ao próprio interrogatório e outros relativos a questões diversas.

A iniciar pelo segundo grupo, como exemplos, citem-se indagações sobre a possibilidade de se implantar a resposta à acusação também no processo penal militar (art. 396 do CPP) e também sobre a adoção da audiência única de instrução e julgamento, aplicando-se o art. 400 do CPP integralmente.

Como exemplo do primeiro grupo, está a necessidade de buscar uma nova roupagem para a oposição das exceções, visto que a lógica trazida por artigos como o 143 e o 407 do CPPM – principalmente este – estava totalmente ligada com a realidade do interrogatório como primeiro ato da instrução criminal.

É exatamente esta questão que se busca aqui discutir e para a qual serão feitas sugestões de solução.

4 NOÇÕES GERAIS SOBRE AS EXCEÇÕES

No CPPM, os incidentes processuais são tratados no Título XII, que traz como espécies as exceções (Capítulo I), o incidente de insanidade mental do acusado (Capítulo II) e o incidente de falsidade de documento (Capítulo III).

Como definição, pode-se dizer que incidente processual é aquilo que incide, que ingressa, que sobrevém ao processo. Constitui-se em uma situação episódica, eventual, acessória, que deve ser decidida, o que, em linhas gerais, colocaria também as questões prejudiciais como parte dos processos incidentes, em sentido lato. Nesse caminhar, está a definição de Mirabete segundo quem os

incidentes (processos incidentes em sentido lato) podem ser divididos em dois ramos principais:

[...] as questões prejudiciais, que devem ser resolvidas previamente porque se ligam ao mérito da questão principal, ou seja, porque há uma dependência lógica entre as duas questões [...]; e os processos incidentes em sentido estrito, que dizem respeito ao processo, podem ser resolvidos pelo próprio juiz criminal⁷.

Relevante, aqui, a visão em sentido estrito dos processos incidentes, onde estão as exceções.

Ao figurar no polo passivo de um processo penal militar, o acusado pode em sua defesa discutir diretamente a relação de direito material, postulando a inexistência do delito, por exemplo, pela atipicidade do fato, pela existência de causa excludente da ilicitude, pela exclusão da culpabilidade etc. A essa estratégia dá-se o nome de defesa direta.

Poderá o acusado, todavia, versar defesa que apenas busque elidir a pretensão do autor, ou então postergar, transferir, dilatar o exercício dessa pretensão. A essa defesa dá-se o nome de indireta, resumida na defesa por via de exceção. Porém, a palavra exceção ganha ainda outras acepções e pode significar, em visão mais ampla, o exercício do “direito de ação” do acusado, ou ainda a alegação de defesa em si, calcada em matéria de direito ou de fato. Especificamente, na acepção que lhe dá o CPPM, exceção tem a conformação mesmo de defesa indireta, que deve ser decidida antes do julgamento principal.

Nessa linha, exceção é uma forma de defesa indireta com o escopo de extinguir, pôr fim à ação penal militar (peremptórias, a exemplo da coisa julgada)

⁷ MIRABETE, J. F. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 216.

ou então prorrogar seu exercício (dilatórias, a exemplo da suspeição). Visa, em suma, evidenciar a ausência de algumas das condições da ação ou um de seus pressupostos.

A definição acima, claro, é abalada no processo penal militar, visto que centrada na atuação defensiva, enquanto o CPPM permite expressamente que também o Ministério Público possa opor exceção (art. 408 do CPPM). Entretanto, não se pode olvidar que, nessa situação, estará o *Parquet*, preponderantemente, em condição de fiscal da lei, a desejar um processo e julgamento justo e imparcial, portanto, favorável também à defesa, não se resumindo apenas em uma atuação como parte acusatória no processo penal.

Para alguns, a designação dada pela lei processual penal é equivocada, porquanto unifica também sob esse título alguns impedimentos. Nesse sentido, novamente está o ensinamento de Mirabete:

Os doutrinadores criticam a terminologia do Código de Processo Penal que denomina “exceções” o que, por vezes, são “impedimentos” pois a lei permite que naqueles incidentes sejam elas declaradas de ofício pelo juiz e não somente após alegadas em defesa pelas partes. Por isso, entendem alguns que deveriam ser chamadas de “impedimentos”, “objeções processuais” ou “impedimentos processuais”. Afirma também Hélio Tornaghi que se deve distinguir entre “impedimentos” e “suspeição”, num critério nem sempre acolhido nos textos legais, que é o seguinte: o juiz é impedido quando tem interesse no desfecho da causa; o juiz é suspeito, quando se interessa por qualquer das partes⁸.

Também em sentido próximo a esse está o magistério de Guilherme Madeira Dezem:

É importante notar que o termo exceção, no sentido empregado pelo Código, acaba por sofrer crítica. Isto porque o termo “exceção” é tradicionalmente utilizado para abarcar as matérias que o juiz não conhece de ofício,

⁸ MIRABETE, J. F. Ob. cit., p. 223.

enquanto o termo “objeção” é utilizado para as matérias que o juiz conhece de ofício. Ora, as matérias que podem ser apresentadas a título de exceção, são todas passíveis de cognição de ofício pelo juiz. Daí porque é feita a crítica a este termo por parcela da doutrina que prefere o termo objeção. Nesse sentido é a crítica de Badaró, Grecco Filho e Tourinho Filho.⁹

Seja como for, por questões didáticas será obedecida a capitulação do CPPM, que, expressamente, em seu art. 128, enumera como possíveis de serem opostas as exceções de suspeição ou impedimento, incompetência do juízo, litispendência e coisa julgada. Célio Lobão parece admitir também a exceção de ilegitimidade de parte, embora não teça minúcias a essa exceção não constante no rol do art. 128 do CPPM¹⁰. Por outro lado, esclarece Jorge César de Assis que essa exceção não existe no processo penal militar, mas apenas no processo penal comum¹¹.

Brevemente, há que se conhecer as exceções enumeradas no CPPM.

A primeira das exceções é a de impedimento ou de suspeição, cabível quando verificadas as causas respectivas, inicialmente do juiz (arts. 37 e 38 do CPPM).

As primeiras, resumidamente, referem-se a um elo objetivo entre o magistrado e a causa a ser decidida; constituem-se em um rol taxativo, em regra. As segundas referem-se a um vínculo subjetivo, ou seja, detecção de sentimento interpessoal, ligando o magistrado e uma das partes, ou ligando-o afetivamente à questão em julgamento, havendo a enumeração no Código de um rol exemplificativo.

⁹ DEZEM, G. M. *Curso de processo penal*. São Paulo: RT, 2016, p. 404.

¹⁰ LOBÃO, C. *Direito processual penal militar*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 579.

¹¹ ASSIS, J. C. *Código de Processo Penal Militar* anotado. Curitiba: Juruá, 2012, p. 237.

Caso o juiz não se declare suspeito ou impedido de ofício, caberá à parte interpor a exceção em estudo, que, por força do art. 129 do CPPM, precederá a qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente.

Esta exceção, frise-se, pode alcançar também os membros do Ministério Público, os peritos, os intérpretes e os auxiliares da Justiça Militar (art. 137 do CPPM).

Seguindo nas exceções, tem-se a exceção de incompetência.

Nos termos da Constituição Federal e da lei processual penal militar, há uma distribuição de parcela da jurisdição, o que marca a existência, em regra, de um juízo (ou foro, conforme o caso) competente para processar e julgar determinada causa.

Ocorre que essas regras criam um sistema ideal de distribuição de jurisdição que deveria ser seguido pelos órgãos do Poder Judiciário, valendo dizer que, se competentes, deveriam conhecer, processar e julgar a causa, porém, ao contrário, se incompetentes, deveriam declinar da competência e remeter a causa para o juízo competente para a apreciação.

Quando o órgão do Poder Judiciário, na pessoa do juiz, não procede dessa forma, ou melhor, não declina da competência de ofício, além da possibilidade de ser suscitado o conflito de competência (ou, para os que assim preferem, de jurisdição), há também a possibilidade de o Ministério Público ou da Defesa excepcionarem, ou seja, de haver a oposição de exceção de incompetência, tratada no CPPM a partir do art. 143.

A próxima exceção é a de litispendência.

A ação, é sabido, possui elementos identificadores, que servem para caracterizar determinada demanda e por meio dos quais é possível verificar se uma causa é idêntica ou não a outra. Na Teoria Geral do Processo, estuda-se que os elementos da ação são as partes, o pedido e a causa de pedir, os quais podem muito bem ser transportados para o processo penal militar, isso para quem aceita a teoria geral do processo aplicada também ao processo penal¹².

As partes (*personae*) no processo penal militar são os sujeitos da relação processual, que, em tese, ligam-se pela relação de direito material. Nesse contexto, são partes o Estado, pelo Ministério Público, e o acusado, lembrando sempre que o Ministério Público, embora não pacificamente, desfruta de condição diversa, porquanto deve ser imparcial no exercício de seu *munus*.

O pedido (*petitum*) coincide com a providência judicial que se requer do Estado-juiz; no processo penal militar, em sede inicial pelo menos, coincide com a condenação do acusado, e este incorre nas penas cominadas em um tipo penal abstrato.

Causa de pedir (*causa petendi*), resumidamente, significa a relação de direito material em si, que dá ensejo ao pedido, ou seja, a razão que suscita a pretensão e a rovidência requerida, coincidindo no processo penal militar com a prática de um delito militar, capitulado no Código Penal Militar.

¹² Necessário ressaltar que alguns autores – dos quais, respeitosamente, discorda-se – desvinculam o processo penal de uma pretensa teoria geral do processo, partindo do ponto de vista de que a ação penal não se constitui em um direito em favor do Estado, e sim em um poder de persecução que, como todo poder no Estado Democrático de Direito, deve conhecer limitações, não se confundindo, ademais, com um direito de defesa – esse sim um direito – do acusado ou indiciado. Nessa linha, DUCLERC, E. *Por uma teoria do processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 29.

Identificados esses elementos em determinada ação penal militar, não será possível que haja uma réplica, ou seja, outra ação, pretensamente diversa, mas que contenha exatamente os mesmos elementos. Essa vedação, note-se, decorre também do princípio *ne bis in idem*, segundo o qual é defeso que alguém seja punido criminalmente duas vezes por ter praticado o mesmo fato.

Todavia, o desenho acima idealizado nem sempre é observado, de modo que podem existir, por falha sistêmica, por exemplo, duas ações penais que possuam exatamente os mesmos elementos em curso ao mesmo tempo, de modo que a forma de obstar essa incorreção é a exceção de litispendência. Em outros termos, em função da prévia existência de processo idêntico, no mesmo juízo ou em outro, diz-se que a lide é pendente de julgamento (litispendência).

Cumprе frisar que é necessária a coincidência dos três elementos, sob pena de não haver a litispendência, pode haver, no entanto, conexão ou continência.

A verificação de lide pendente deve dar-se pelo próprio juízo que a detectar; do contrário, tem-se a possibilidade da exceção de litispendência.

Por fim, expressamente no CPPM há a exceção de coisa julgada.

Como visto acima, no curso do processo penal militar a verificação de coincidência de elementos de duas ações indica a litispendência. Todavia, essa coincidência, também envolvendo os três elementos da ação (*personae, petitum e causa petendi*), pode dar-se em momento posterior, quando o primeiro processo já tenha sido julgado com trânsito em julgado (*res judicata est*). Nesse caso, haverá coisa julgada, e não a litispendência, coisa julgada que, aliás, é intocável pela lei e também, à evidência, por decisão judicial, nos termos do inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal.

Deve-se distinguir a coisa julgada material da coisa julgada formal.

Diz-se

formal quando houver a imutabilidade da decisão dentro do processo. Quando a decisão não mais comportar recurso, diz-se que há coisa julgada formal. Ela se torna inimpugnável. Ou, como diz Leonardo Prieto Castro: ela consiste 'na inalterabilidade e irrecurribilidade que em determinado momento adquire a decisão judicial' [...]. Fala-se em coisa julgada material para expressar a obrigação que todo e qualquer Juiz tem de respeitar a inalterabilidade, a imutabilidade da decisão proferida em outro juízo. Por isso, na lição de Pontes de Miranda, a coisa julgada material 'é a porta por onde a sentença se estende para fora da relação jurídica processual, posto que sem se separar dela' [...]'¹³.

Dessa maneira, a coisa julgada formal possui efeito preclusivo, evita que haja nova discussão da questão no mesmo processo; enquanto a coisa julgada material transcende os limites do processo em que a sentença foi proferida e impede que haja nova discussão por qualquer juízo.

Nos termos do art. 153 do CPPM, se o juiz reconhecer que o feito sob seu julgamento já foi, quanto ao fato principal, definitivamente julgado por sentença irrecorrível, mandará arquivar a nova denúncia, declarando a razão por que o faz. Naturalmente, o efeito da coisa julgada aqui disposta no CPPM diz respeito apenas ao fato principal, mas não a questões secundárias, como as questões prejudiciais, resume-se exclusivamente no fato material imputado ao acusado.

Na falta de atuação de ofício pelo juiz, qualquer das partes poderá arguir, por escrito, a existência de anterior sentença passada em julgado, juntando-lhe certidão.

¹³ TOURINHO FILHO, F. C. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 451.

Conhecidas, em linhas gerais, as exceções, impõe-se iluminar a questão referente ao prazo para sua oposição e o reflexo nele da inversão do momento do interrogatório.

5

INVERSÃO DO MOMENTO DO INTERROGATÓRIO E SEUS REFLEXOS NO PRAZO PARA A OPOSIÇÃO DE EXCEÇÕES

O estudo do prazo para a oposição das exceções deve ser inaugurado, necessariamente, pelo art. 407 do CPPM, buscando-se, em seguida, verificar as peculiaridades em cada exceção.

Dispõe o mencionado artigo:

Art. 407. Após o interrogatório e dentro em quarenta e oito horas, o acusado poderá opor as exceções de suspeição do juiz, procurador ou escrivão, de incompetência do juízo, de litispendência ou de coisa julgada, as quais serão processadas de acordo com o Título XII, Capítulo I, Seções I a IV do Livro I, no que for aplicável.

Conveniente ainda ratificar que o art. 408 do mesmo Código dispõe que o “procurador, no mesmo prazo previsto no artigo anterior, poderá opor as mesmas exceções em relação ao juiz ou ao escrivão”.

Verifica-se, assim, que, tanto a defesa como o Ministério Público, podem na literalidade do Código opor a exceção no prazo de 48 horas, tendo o interrogatório do acusado, primeiro ato da instrução, como marco inicial da contagem de prazo.

Evidentemente, ter o interrogatório como referência para o início do prazo de oposição de exceção tinha a intenção de que a arguição fosse feita no primeiro momento da instrução, justamente para evitar que houvesse prática de

atos processuais por juiz impedido, suspeito ou incompetente, ou ainda em uma ação penal militar replicada ou com precedente trânsito em julgado sobre a questão.

Agora, sedimentado o entendimento pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que no processo penal militar o interrogatório também deve ser o último ato da instrução, perdeu-se o parâmetro adequado para o prazo fixado, exigindo-se a idealização de soluções.

A solução mais adequada parece ser a busca de aplicação suplementar (ou por analogia) – a exemplo da própria decisão pela inversão do momento do interrogatório, frise-se – da legislação processual penal comum, o que importará, necessariamente, em sacrifício de alguns paradigmas outrora fixados pelo CPPM.

A aplicação suplementar, ressalte-se, será possível diante de uma omissão reflexa do CPPM sobre o assunto, visto que essa norma específica (art. 407 do CPPM), com a nova conformação do interrogatório, não conhece mais aplicação útil no processo penal militar.

Assim, cada exceção merece reflexão sobre seu procedimento, especificamente no que se refere ao momento e a forma como poderá ser oposta, obviamente, partindo-se, doravante, do pressuposto de que o Órgão do Poder Judiciário não tenha agido de ofício a reconhecer o impedimento, suspeição, incompetência, litispendência ou coisa julgada.

No que concerne à exceção de suspeição ou impedimento, o prazo ou momento para a oposição, com o deslocamento do interrogatório para o final da instrução criminal, tornou-se incongruente a dinâmica original do CPPM, de maneira que é perfeitamente possível sustentar que caso

o motivo ensejador da suspeição seja conhecido previamente pelo Ministério Público [...], haja vista anterior distribuição

do inquérito policial perante determinado juiz, caberá à acusação apresentar a exceção de suspeição por ocasião do oferecimento da peça acusatória¹⁴.

Para a defesa, conhecida a causa de suspeição ou de impedimento desde o início, parece razoável entender que a oposição deverá se dar, buscando-se uma analogia ao CPP, no prazo da resposta à acusação (arts. 396 e 396-A do CPP), ou seja, em 10 dias a contar da citação. Frise-se, não se está aqui sustentando que deva haver a resposta à acusação também no processo penal militar – embora não seja uma absurda proposição, mas que mereceria uma outra detida análise –, mas apenas buscando o mesmo prazo que, em regra, se sustenta para a oposição da exceção no processo penal comum.

Não havendo a oposição da exceção nesses momentos, sustenta-se que se operará a preclusão, embora polêmica essa construção, como expõe Guilherme Madeira Dezem:

[...] delicado é o tema referente ao momento para a oposição da exceção e a preclusão. Gustavo Badaró, por exemplo, entende que deve ser oposta a exceção junto com a resposta (art. 96 c/c art. 396-A do CPP). Caso contrário, se o motivo surgiu após esse prazo, deverá opor exceção na primeira oportunidade de falar nos autos, devendo essa alegação preceder a qualquer outra nos termos do art. 96 do CPP. Entende ainda Badaró que não haverá preclusão da matéria, podendo ser alegada em momento posterior perante o magistrado por simples petição. Pacelli acompanha Badaró na posição de não ocorrência de preclusão perante o magistrado.

Por outro lado, parcela expressiva da doutrina tem entendido que, se não oposta no momento adequado, haverá preclusão. Neste sentido é a posição de Mirabete, observando-se contudo que o próprio autor entende que possa ser alegada de outra forma [...].

[...].

Contudo, a jurisprudência dos tribunais superiores tem entendido que tanto a suspeição quanto o impedimento, caso não alegados oportunamente, serão objeto de preclusão [...].

quer nos parecer que não é esta a melhor posição. Como já dito acima, quando falamos da imparcialidade objetiva e da imparcialidade subjetiva, que a Justiça não pode ter

¹⁴ LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 1048.

sobre suas decisões o véu da suspeita. Uma vez que os juízes não são eleitos, sua legitimidade é extraída da observância do devido processo legal e este exige a presença tanto da imparcialidade subjetiva quanto da imparcialidade objetiva.¹⁵

Ao contrário do prestigiado autor, prefere-se a visão de Mirabete, no sentido de que haverá a preclusão para a oposição da exceção, mas não se impedirá a discussão da matéria sob outra roupagem, por exemplo, em preliminar que se busque a nulidade da sentença criminal.

Em outra linha, pode ocorrer de a causa de suspeição ou de impedimento ser conhecida no curso da instrução, não quando do oferecimento da denúncia, para o Ministério Público, e nem no prazo da resposta à acusação, no caso da defesa. Ocorre isso, por exemplo, quando o juiz suspeito tornar-se competente para o julgamento do feito durante o curso do processo, em virtude de licença, promoção ou convocação do juiz antecessor. Nestas situações, como aliás já se infere do trecho doutrinário acima exposto, devem as partes opor a exceção tão logo tomem conhecimento da falta de imparcialidade do magistrado¹⁶, também sob pena de preclusão, mais uma vez ressaltando-se que, por se tratar de causa de nulidade absoluta, ainda que não oposta oportunamente, pode ser apreciada posteriormente, por exemplo, em grau recursal ou mesmo após o trânsito em julgado, em revisão criminal¹⁷.

Analise-se, agora, o caso da exceção de incompetência.

Na literalidade do art. 143 do CPPM, a exceção de incompetência também deve ser oposta logo após a qualificação do acusado, dispositivo igualmente complementado pelo art. 407 que estabelece o prazo máximo de 48 horas após esse ato.

¹⁵ DEZEM, G. M. *Curso de processo penal*. São Paulo: RT, 2016, p. 410 e 411.

¹⁶ Cf. LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 1048.

¹⁷ Idem. p. 1050.

Com o deslocamento do interrogatório (e da qualificação) para o final da instrução, conveniente que a exceção seja oposta pela defesa logo no início da instrução criminal, mais uma vez fazendo-se uma analogia com o processo penal comum, ou seja, deve ser manejada no prazo da defesa (art. 108 do CPP), considerada esta como a resposta à acusação no prazo de 10 dias (art. 396 do CPP), conforme acima evidenciado para a exceção de impedimento ou suspeição, sob pena de preclusão e de consequente prorrogação de competência, quando relativa (*ratione loci*). No caso de competência absoluta, frise-se, não ocorre a prorrogação, e ela pode ser reconhecida ou alegada em qualquer fase do processo, isso de ofício, ou pelas partes, pela via de preliminar nas razões escritas, por *habeas corpus* etc.

No processo penal comum, à luz da lei, não caberia exceção de incompetência oposta pelo Ministério Público, mas, como acima já sedimentado, o art. 408 do CPPM deixa claro que pode o *Parquet* opor essa exceção.

Partindo-se dessa premissa, para o Ministério Público, em existindo a concepção da incompetência antes do início do processo, possível a declinatória, já que, de acordo com o art. 146 do CPPM, o órgão do Ministério Público poderá alegar a incompetência do juízo antes de oferecer a denúncia.

Já em situações em que o *Parquet* identifique a incompetência no curso da ação penal militar, nas situações de incompetência relativa – por exemplo, descobre-se, depois do recebimento da denúncia, que o local da infração foi diferente do inicialmente concebido –, perdeu-se o parâmetro exato para trabalhar com a realidade da preclusão e consequente prorrogação de competência, visto que a resposta à acusação é própria da defesa. É coerente sustentar que deverá ser oposta a exceção no primeiro momento em que se manifestar nos autos, após a intimação com vistas do caderno em que seja detectada a situação que levou à incompetência, sob pena de prorrogação.

Em casos de incompetência absoluta verificada após o recebimento da denúncia – por exemplo, ulterior prova pericial dando a certeza de que a *res* no crime patrimonial não estava sob administração militar, desnaturando o crime como militar diante do disposto na alínea “e” do inciso II do art. 9º do CPM – poderia, nos termos da lei processual penal militar opor a exceção no mesmo prazo de 48 horas após o interrogatório, desenho que não mais se mostra conveniente com a inversão do momento do ato. Mas há alternativas a serem consideradas, como, por exemplo, aceitar a oposição da exceção a qualquer momento no processo, apenas arguir a incompetência no curso do processo (*e.g.* em alegações escritas) para que seja avaliada preliminarmente na sessão de julgamento, com o conseqüente recurso de apelação, ou, em casos mais urgentes, impetrar *habeas corpus* em favor do acusado para que não seja processado ilegalmente perante autoridade incompetente. Finalmente, sempre é possível provocar o outro juízo considerado pelo *Parquet* como competente, “extraindo cópia dos autos e remetendo ao órgão do Ministério Público que atua perante ele. Caso este juízo concorde com sua competência, deverá, então, suscitar um conflito positivo de competência, [...]”¹⁸.

No que se refere às exceções de litispendência e de coisa julgada, verifica-se a mesma complexidade para se definir o momento da oposição em razão do deslocamento do interrogatório para o final da instrução criminal militar e a neutralização do art. 407 do CPPM, portanto, é conveniente postular a mesma dinâmica sugerida no caso da exceção de incompetência, sem, claro, a realidade afeta à prorrogação da competência relativa.

Assim, para o Ministério Público, em existindo a detecção dessas situações (litispendência ou coisa julgada) antes do início do processo, possível postular, no prazo de oferecimento da denúncia, o arquivamento das peças de informação. Já em

¹⁸ LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 1056.

situações em que o *Parquet* identifique litispendência ou coisa julgada no curso da ação penal militar, é conveniente aceitar a oposição da exceção a qualquer momento no processo, sendo ainda possível apontar a situação em alegações escritas, para que seja avaliada preliminarmente na sessão de julgamento, com o conseqüente recurso de apelação, ou, em casos mais urgentes, também impetrar *habeas corpus* em favor do acusado.

Para a defesa, com o deslocamento do interrogatório (e da qualificação) para o final da instrução, conveniente que a exceção seja oposta pela defesa logo no início da instrução criminal, por analogia, novamente, com o processo penal comum, ou seja, deve ser manejada no prazo da defesa (arts. 108 e 110 do CPP), considerada esta como a resposta à acusação no prazo de 10 dias (art. 396 do CPP). Conhecida posteriormente, poderá ser oposta em qualquer fase do processo, com o fito de se evitar que alguém seja processado duas vezes pelo mesmo fato (*ne bis in idem*) ou, ainda, admitir as demais possibilidades afetas ao comportamento da acusação (arguir a questão em alegações escritas, impetrar *habeas corpus* etc.).

6 CONCLUSÃO

A fixação do ato de interrogatório do acusado no final da instrução criminal militar, embora seja uma concepção inafastável, nega a lógica de vários outros dispositivos do CPPM.

Em especial, detectou-se a necessidade de repensar o momento de oposição das exceções, outrora regulado principalmente pelo art. 407 do CPPM, tendo como premissa que o interrogatório seria o primeiro ato da instrução.

Agora, negando-se a premissa desse dispositivo, há que se buscar soluções para que a oposição de exceções ainda possa ser uma hábil ferramenta à disposição das partes e não um conjunto de disposições legais inaplicáveis e esquecidas na lei adjetiva penal castrense.

Como primeira possibilidade, idealiza-se a busca de solução do CPP, justamente o Diploma que serviu de parâmetro, por uma aplicação por analogia, para que o Supremo Tribunal Federal concluísse pela necessária inversão do momento do interrogatório.

Dessa maneira, como regra, as exceções podem ser opostas pela defesa, se conhecidas desde o momento da citação, no prazo afeto à resposta à acusação, ou seja, em 10 dias a contar desse chamamento do réu ao processo. Quando conhecidas em momento posterior, deverá a defesa opor a exceção na primeira oportunidade em que se manifestar nos autos ou mesmo arguir a matéria como forma de levá-la à discussão em momento processual determinado, a exemplo da sessão de julgamento, em sede de preliminar.

Para o Ministério Público, a oposição, quando conhecida desde o início, deve-se dar já no momento – entenda-se, no prazo – do oferecimento da denúncia. Quando houver um conhecimento ulterior, a oposição deve-se dar no primeiro momento em que se manifestar nos autos.

De toda sorte, sempre é preciso lembrar que, em se tratando de matéria de ordem pública, ainda que não oposta essa exceção no momento aqui definido, sempre será possível a arguição por petição nos autos que, embora não dê ensejo ao procedimento das exceções, exigirá uma manifestação do órgão julgador.

ASSIS, J. C. *Análise das recentes alterações do Código de processo penal comum e a possibilidade de aplicação na Justiça Militar*. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/alteracoesppxcppm.pdf>. Acessado em: 05 ago. 2016.

ASSIS, J. C. *Código de Processo Penal Militar anotado*. Curitiba: Juruá, 2012.

DEZEM, G. M. *Curso de processo penal*. São Paulo: RT, 2016.

DUCLERC, E. *Por uma teoria do processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2014.

LOBÃO, C. *Direito processual penal militar*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELLO, C. A. B. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2005.

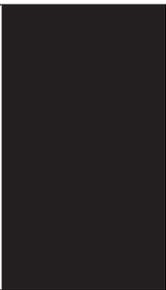
MIGUEL, C. A.; COLDIBELLI, N. *Elementos de direito processual penal militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MIRABETE, J. F. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2005.

NEVES, C. R. C. *Manual de direito processual penal militar em tempo de paz*. São Paulo: Saraiva, 2014.

TOURINHO FILHO, F. C. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GREVE DE MILITARES: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS



MILITARY STRIKE: CONSTITUTIONAL,
LEGAL AND JURISPRUDENTIAL ASPECTS

Claudio Roberto Barbosa Filho

Estagiário da Ouvidoria do Ministério Público do Estado do Paraná
Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Paraná

RESUMO: Embora a Constituição Federal cabalmente proíba a greve de militares – em âmbitos nacional e estadual – o tema não é pacífico na doutrina. O presente artigo analisa, através das teorias constitucional e dos direitos fundamentais, se a proibição aqui relatada se adéqua ao espírito constitucional, a partir da premissa de que direitos fundamentais não são absolutos e são passíveis de restrições; e pondera a questão de normas constitucionais “inconstitucionais”, enfaticamente quando se trata de hierarquia interna na Carta Magna. Num segundo momento, o ordenamento brasileiro é analisado para a verificação de qual tipo penal pode ser utilizado para criminalização de greve. Averiguando a possibilidade de se enquadrar a conduta no Código Penal Militar e Lei de Segurança Nacional, verifica-se a competência para julgamento, dada a especialidade da Justiça Militar. Por fim, indaga-se sobre a anistia concedida a esses crimes.

PALAVRAS-CHAVES: Greve de militares. Teoria dos direitos fundamentais. Competência para julgamento. Anistia.

ABSTRACT: Despite Federal Constitution fully forbid military strikes – nationally and stately – such issue is not pacified among legal scholars. This paper analyses, using constitutional and fundamental rights theories, if prohibition adequates itself to the constitutional spirit, assuming that fundamental rights are not absolute, being passive of restrictions, and about the issue of unconstitutional constitutional standards, emphatically when it comes to internal hierarchy on our Magna Carta. In a second moment, Brazilian juridical order is analysed for the verification of which criminal offense can be used to characterize strikes as a illicit. Looking at the possibility of framing the conduct on the military penal code and on the nacional security law, it might be possibile to verify the competence of judging by the military justice, given its specialities.

KEYWORDS: Military strike. Fundamental rights theory. Competence for judging. Amnesty.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Apontamentos sobre greve de militares; 2.1. Sob ótica da teoria constitucional; 2.2. Sob ótica da teoria dos direitos fundamentais – 3. As competências da Justiça Militar e a greve de policiais militares – 4. Conclusão – 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Quando se fala em Justiça Militar, fortes polêmicas e acalorados debates surgem. Quando se fala em greve afetando serviços essenciais, fortes polêmicas e acalorados debates surgem. Uni-los num mesmo tema é, destarte, caminho

turbulento desde a gênese. Está-se propenso a isso. Este artigo visa a questionar os pontos nevrálgicos da greve de militares.

Uma das características do Constitucionalismo contemporâneo é a preponderância dos direitos fundamentais, incluindo-se os direitos sociais e os esparsos oriundos do art. 5º, §2º, CF. É certo que o direito à greve está elencado no rol de direitos fundamentais constitucionais, tais como a segurança pública e a soberania do país. Contudo, a aplicação imediata e absoluta de todos eles é inviável e, inclusive, impossível, em virtude de conflitos surgidos. Tratar de direitos fundamentais não pode ser espaço para “achismos” e construções que partam do senso comum, afinal o Direito é uma ciência, cuja metodologia é própria e não pode ser olvidada.

Sob a mesma ótica, deve-se observar que a interpretação da Constituição segue, igualmente, um método específico, portanto não é suficiente alegar sua superioridade frente aos demais instrumentos jurídicos. Neste artigo, tratar-se-á do conceito de Otto Bachof de normas constitucionais inconstitucionais e requisitos elencados por Celso Antônio Bandeira de Mello para o princípio da igualdade com finalidade de se atestar a possibilidade da criminalização da greve de militares.

Após a análise constitucional, será necessária a averiguação através do prisma penal. Em não existindo um tipo penal específico para greve de militares, é necessário enquadrá-la na legislação existente para dar efetividade à proibição trazida pela Constituição Federal. Observa-se o Código Penal Militar e a Lei Segurança Nacional. Contudo, em se tratando de crimes de natureza distintas, é mister a observação das regras de competência e continência e o entendimento da jurisprudência.

Além de todos os pontos controversos supracitados, é preciso ultrapassar o aspecto teórico e observar como vem ocorrendo na prática. Ou seja, análise da jurisprudência para o caso de competência e criminalização, mas, principalmente, discutir quais têm sido as posições dos Poderes Legislativo e Executivo sobre

o assunto, pois, afinal, o Ministério Público é pautado pelo princípio da obrigatoriedade, o Judiciário deve decidir pautado no ordenamento pátrio, enquanto que os primeiros possuem a discricionariedade para elaborar e sancionar leis de anistia, as quais podem colocar em risco a hierarquia e disciplina que são marcas das Forças Armadas e das polícias militares estaduais.

2 APONTAMENTOS SOBRE GREVE DE MILITARES

Como este artigo se propõe, num segundo momento, à análise das competências e jurisdições no que tange à greve de militares, resta claro que se parte da premissa de que a criminalização de tais atos é considerada condizente com o ordenamento jurídico vigente. Todavia, faz-se mister iniciar com apontamentos sobre o tema, clarificando determinados pontos polêmicos e apresentando premissas da teoria constitucional e teoria dos direitos fundamentais que os justifiquem. Far-se-á, para tal, um exercício oposto, apresentando inicialmente as principais teses de quem se opõe à proibição de greve de militares para, em seguida, apresentar as devidas antíteses.

Marcus Orione, ao tratar do assunto, inicia com “o direito de greve deve ser garantido aos policiais? SIM”. No curto texto, ele baseia tal opinião nos seguintes argumentos:

- a) o movimento grevista não afronta a hierarquia militar;
- b) também não afronta a disciplina porque a greve só ocorreria em caso de ofensa à dignidade da pessoa humana, a qual é um preceito constitucional;
- c) quanto aos policiais militares, ao não se confundirem com as Forças Armadas, sequer há proibição constitucional; no que se refere a estes,

reforça que a proibição ocorre em virtude da defesa da soberania nacional;

d) segurança pública é um direito social tal como saúde e educação, serviços nos quais a greve é permitida, destarte, haveria tratamento distinto sem motivação;

e) a Convenção 151 da Organização Internacional do Trabalho, ao tratar [d] “as relações de trabalho na Administração Pública” inclui os militares *lato sensu*¹.

Alguns anos depois, o autor retificou o item (c), observando que existe, sim, proibição constitucional para policiais militares, e ratificou o item (b) ao afirmar que, além da interpretação filtrada pela dignidade da pessoa humana, há conflito entre direito social à segurança pública e direito de greve².

2.1. Sob ótica da teoria constitucional

Os quatro primeiros argumentos podem ser rebatidos utilizando a teoria constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, pormenorizando os seguintes pontos:

a) o princípio da igualdade não é absoluto, na medida em que pode haver tratamento diferenciado entre civis e militares e, por consequência, entre servidores públicos e militares;

b) a proibição de greve de militares não fere o texto constitucional, pode obter-se tal conclusão através de qualquer forma de interpretação.

Quanto à possibilidade de discriminação, Ronaldo João Roth apresenta quatro tratamentos desiguais entre militares e civis: prisão; sindicalização, greve

¹ CORREIA, M. O. G. A viabilidade constitucional da greve. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. A3, 15 nov. 2008.

² CORREIA, M. O. G. Constituição e princípios. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. A3, 13 fev. 2013

e filiação partidária; possibilidade de concorrer a cargo eletivo e pena de morte³. Detalha-se que o civil pode ser preso nos casos de flagrante delito, sentença criminal transitada em julgado⁴ ou nos casos de prisão temporária ou preventiva⁵. Já sobre o militar, o próprio inciso LXI excetua: “salvo em transgressão militar e crime propriamente militar”⁶. O que deixa claro a recepção do art. 18 do Código de Processo Penal Militar: “Art. 18: Independentemente de flagrante delito, o indiciado poderá ficar detido, durante as investigações policiais, até trinta dias, comunicando-se a detenção à autoridade judiciária competente”. Obviamente

³ ROTH, R. J. Crime Continuado. A distinção de tratamento no CPM e no CP Comum: existe razão para isso? *Revista do Ministério Público Militar*, ano 38, n. 23. Brasília: Procuradoria-Geral da Justiça Militar, 2013. p. 214-215.

⁴ Sobre esta possibilidade, é necessário não se olvidar da recente decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292-SP de relatoria do Ministro Teori Zavaski, o qual voltou ao antigo juízo da Corte permitindo a execução provisória da pena. Todavia, tal entendimento ainda não está sedimentado nem mesmo na Praça dos Três Poderes, conforme é possível observar no HC 135.100, no qual o Ministro Celso de Mello afirma que a decisão do plenário não possui eficácia vinculante, beneficiando réu condenado em segunda instância. Ao mesmo tempo, aguarda-se o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADC 43 e ADC 44, ambas sobre relatoria do Ministro Marco Aurélio, as quais requerem a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP sobre a prisão só poder ocorrer após o trânsito em julgado.

⁵ Segundo René Ariel Dotti, a prisão provisória, conquanto traga perda de liberdade, não é uma modalidade penal. Para ele, existem seis espécies de prisão provisória, a saber: prisão de flagrante; prisão temporária; prisão preventiva; prisão domiciliar; prisão após a pronúncia; prisão para apelar *in* DOTTI, R. A. *Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 605-608.

⁶ A doutrina, por vezes, debate-se sobre qual seria a diferença entre crimes propriamente militar e impropriamente militar. Corroborar-se, aqui, com a diferenciação realizada por Célio Lobão de que os primeiros seriam aqueles crimes que só podem ser cometidos por quem ocupa cargo militar, enquanto os segundos já existem na legislação não-militar, mas recebem uma nova tipificação em virtude do cargo. Aprecia-se tal conceituação por muito se aproximar da diferenciação entre crimes próprios e impróprios no que se refere aos crimes contra a Administração Pública, campo em que a divergência já foi superada. LOBÃO, C. *Direito Penal Militar*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2014. p. 78-92.

a recepção só se refere às transgressões e crimes propriamente militares⁷. Para Ranna Rannuai Rodrigues Silva, essa possibilidade excepcional de prisão ocorre “haja vista a necessidade de uma rápida reação ao desvio de conduta do militar subordinado, a fim de manter a hierarquia e a disciplina na caserna, bem como desestimular que outros militares venham a ter a mesma conduta inadequada”⁸. Às punições militares, diferencia-se também o não cabimento de *habeas corpus* (art. 142, §2º, CF). Para civis, a sindicalização, greve e filiação partidária são direitos fundamentais, contudo, para os militares são expressamente proibidas⁹. Possivelmente a maior diferença resida na pena capital.

Marcus Orione traz também a desigualdade de tratamento entre, por exemplo, professores e médicos do serviço público e policiais (refere-se especificamente a eles, não aos integrantes das Forças Armadas), todavia, a própria Constituição Federal faz a diferenciação entre “servidores públicos” e “militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”. Ora, com base nisto, utiliza-se a máxima aristotélica de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Ao classificar os agentes públicos, tal diferenciação é assentada pela doutrina¹⁰.

⁷ NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. *Manual de direito penal militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 116-117.

⁸ SILVA, R. R. R. Forças Armadas na CRFB/88: função militar, hierarquia e disciplina e especificidades do regimes jurídico militar. *Revista do Ministério Público Militar*, ano 38, n. 23. Brasília: Procuradoria-Geral da Justiça Militar, 2013. p. 214-215.

⁹ Na redação original, a sindicalização e a greve eram proibidas no ar. 42º, § 5º; a filiação no § 6º do mesmo artigo. Após emenda constitucional nº 18 de 1998, tais proibições foram para o art. 142, § 3º, IV e V. Tratar-se-á melhor de tal alteração em seguida no mesmo tópico. Para José Afonso da Silva “a intenção confessada [da emenda] foi a de tirar dos militares o conceito de servidores públicos que a Constituição lhes dava, visando com isso fugir ao vínculo aos servidores públicos que esta lhes impunha. Formalmente, deixaram de ser conceituados como servidores militares”. SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 714.

¹⁰ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 595 – 603.

Apresentadas as principais diferenças, questiona-se: elas afetam o princípio da igualdade elencado no *caput* do art. do 5º da Constituição Federal? Sobre a igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello apresentou critérios para a possibilidade de tratamentos desiguais, os quais podem ser utilizados para responder à questão supracitada. De maneira resumida:

Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer, se guarda ou não harmonia com eles¹¹.

Em outras, palavras, devem ser observados três requisitos para verificar se uma discriminação avilta o princípio da igualdade ou não:

- a) o fator de discriminação deve obedecer às viabilidades lógicas e materiais, neste contexto não pode individualizar, no presente e definitivamente, quem o recebe. Assim sendo, a discriminação deve residir na situação, pessoa ou coisa a ser discriminada;
- b) abstratamente deve haver um liame inexorável entre o fator de discriminação do primeiro momento com o regime diferenciado, ressalta-se, porém, que a relação lógica não é absoluta, na medida em que pode variar com o tempo e local;
- c) concretamente, a diferenciação deve, sistêmica e axiologicamente, adequar-se à Constituição Federal, reforça-se que não basta somente o segundo requisito lógico¹².

Até em sua complexa classificação, Marçal Justen Filho categoriza os militares de forma específica. JUSTEN FILHO, M. Curso de direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 873 – 1110.

¹¹ MELLO, C. A. B. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed, 24. tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21-22.

¹² MELLO, C. A. B. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed, 24. tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 23-43.

No que tange ao tratamento diferenciado entre civis e militares, os requisitos de Celso Antônio Bandeira de Mello podem ser perfeitamente utilizados. Quanto ao fator de discriminação, ela reside em ocupar ou não um cargo de militar, destarte, não se trata de singularização personalíssima, residindo na própria pessoa; abstratamente, o liame lógico é perfeitamente observável na própria Constituição Federal ao trazer, nos artigos 42 e 142, que as instituições militares são baseadas na hierarquia e disciplina. A partir de tais princípios norteadores, é possível afirmar que a discriminação de tratamento acaba por ser, inclusive, forma de transformação destes conceitos abertos em regras impositivas, dando corpo e efetividade ao conteúdo inserido na Carta Maior¹³.

Examinando ainda mais profundamente o terceiro requisito (c), é possível relacioná-lo com os elementos interpretativos apresentados por Luís Roberto Barroso¹⁴, quais sejam gramatical, histórico, sistemático e axiológico. Quanto ao primeiro, a lei é deveras clara, não há lacuna semântica para o enunciado “ao militar são proibidas a sindicalização e a greve”. Embora a interpretação histórica seja secundária, conforme afirma Roberto Barroso¹⁵, desde a redação original, a Constituição proibiu a greve de militares por diversos motivos. Sobre a interpretação sistemática, é clássica a colocação de Eros Grau de que o direito não é interpretado em tiras e pedaços, deve sê-lo a partir de uma ideia de harmonia e unicidade¹⁶, sob essa perspectiva os artigos 42 e 142 trazem, sem hiatos interpretativos, que as Forças Armadas e as Polícias Militares são baseadas na hierarquia e disciplina, pois vai ao encontro do primeiro fundamento

¹³ MELLO, C. A. B. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1. ed, 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 11.

¹⁴ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 325 – 332.

¹⁵ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 327 – 328.

¹⁶ GRAU, E. R. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 34.

da República elencado no art. 1º: soberania. Por fim, ao referir-se à interpretação teleológica, deve-se procurar entender a finalidade das normas, observando que a proibição da greve é possível sob todos os aspectos. Conclui-se, assim, que o primeiro argumento trazido pelos contrários à proibição de greve de militares encontra fundamentos perfunctórios, os quais podem ser afastados.

2.2. Sob ótica da teoria dos direitos fundamentais

Referindo-se à ideia de que a proibição de greve por parte de militares feriria o texto constitucional ao privá-los de um direito social já positivado, poder-se-ia argumentar contrariamente a ele por duas vias: possibilidade de restrição de direitos fundamentais e teoria das normas constitucionais inconstitucionais (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen*).

Marcus Orione afirma que há um conflito entre direito à greve e direito à segurança pública. Logo de início é apresentada a decisão do Ministro Marco Aurélio de que “o direito à greve não é absoluto, devendo a categoria observar os parâmetros legais da regência”¹⁷. O parâmetro constitucional é explícito: proibição. Evidentemente o direito à greve é fundamental, tem-se assentado na jurisprudência e doutrinas hodiernas que os direitos sociais enquadram-se em tal categoria. À vista disto, é necessário, sinteticamente, expor alguns conceitos da teoria dos direitos fundamentais, os quais, de maneira sub-reptícia, são olvidados com a finalidade de, através de um discurso genérico sobre o tema, justificar determinadas posições.

Sobre a amplitude e possibilidade de restrições de direitos sociais, é preciso tecer algumas considerações sobre o tema. Virgílio Afonso da Silva, ao tratar do assunto, destina capítulo especial para tratar de conflitos e restrições de direitos fundamentais. O autor apresenta duas principais teorias: a interna e a externa. A primeira traz que o limite de cada direito se encontra internamente a

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 184083, Relator Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. Julgado em 07.11.2000, publicado DJU em 18.05.2001.

ele, pois não há caso de colisões com outros direitos. Desta forma, não é necessária a técnica do sopesamento, utilizando-se, no caso, o conceito de limites imanentes, o qual define que, a fim de não trazer caráter absoluto aos direitos fundamentais, seus limites estão implícita ou explicitamente encontrados na Constituição Federal¹⁸. Conquanto Virgílio Afonso da Silva coloque-se contrário a tal teoria – não obstante ressalve que o Supremo Tribunal Federal a use em alguns casos – observa-se que ela poderia ser suficiente para justificar a proibição da greve de militares. Para ratificar tal posição, apresentar-se-á também os elementos essenciais da segunda teoria.

A teoria externa, para o autor, divide os direitos fundamentais entre direito em si e restrições. Tal partição não é apenas excentricidade teórica, pois permite que, numa colisão de direitos, a validade de um deles não seja afetada. Por não haver uma definição imediata, devem-se utilizar técnicas de sopesamento ou proporcionalidade no caso concreto. Virgílio Afonso da Silva afirma, ainda, que, baseado em tal teoria, a restrição ocorre através de uma regra. Nestes casos, existe uma colisão inicial e da solução surge uma regra¹⁹. Com tudo isto, Virgílio Afonso da Silva conclui que “a *explicitação* da restringibilidade dos direitos fundamentais é acompanhada, no modelo aqui defendido, de uma *exigência de fundamentação constitucional*, para qualquer caso de restrição, *que não está presente em outras teorias*”²⁰. Veja-se, indo ao encontro do afirmado por Marcus Orione, conclui-se que do conflito entre direito à greve e direito à segurança pública, o próprio legislador o solucionou ao expressar a regra que proíbe a greve de militares.

¹⁸ SILVA, V. A. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial*, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 128-138.

¹⁹ SILVA, V. A. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial*, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 138-156.

²⁰ SILVA, V. A. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial*, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 253. Grifos no original.

Confirmando a conclusão exposta, é substancial indicar algumas posições de Robert Alexy sobre a questão de colisões de direitos fundamentais. O teórico traz que “segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância de satisfação do outro”²¹. Destarte, à medida que caros princípios de defesa de soberania, segurança nacional e pública são defendidos, ou, nas palavras de Alexy, são satisfeitos, reforça-se a constitucionalidade da proibição.

Tratando sobre normas constitucionais inconstitucionais, Otto Bachof elencou cinco possibilidades: inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais; inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição; inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior; inconstitucionalidade resultante da ‘mudança de natureza’ de normas constitucionais e inconstitucionalidade por infração de direito supralegal (natural) positivado na lei constitucional²². O debate no presente artigo reside apenas no caso de emendas e possibilidade de hierarquia de normas constitucionais.

Sobre a hierarquia entre dispositivos da própria Constituição, poder-se-ia alegar que todo o texto dela deveria passar pelo filtro dos direitos fundamentais, os quais estariam, desta forma, num grau hierárquico superior às demais normas. Assim, ao se garantir o direito à greve do art. 9 sem fazer uma clara referência à possibilidade de restrição – apenas regulamentações e definições –, o constituinte originário, ao proibi-la posteriormente aos militares, incorreu em inconstitucionalidade material. Diversos problemas poderiam ser apontados nesta tese, mormente por ignorar uma análise sistemática do corpo constitucional, contudo, não será necessário, dado que o próprio Supremo

²¹ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 167.

²² BACHOF, O. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Lisboa: Almeida, 1994.

Tribunal Federal já expôs inúmeras vezes que o sistema brasileiro afasta a tese de hierarquia entre dispositivos constitucionais ao trazer que:

A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida.

Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ela próprio havia incluído no texto da mesma Constituição²³.

Embora Bachof apresente defensores de tal hipótese como existente, ele não o faz, chegando a afirmar, inclusive que “não pode aqui falar-se de uma ‘decisão de princípio’ e de uma ‘ocasional tomada de posição contrária’, de uma ‘contradição do legislador constitucional consigo mesmo’ (Krüger), mas sim, quando muito, de *regra e exceção*”²⁴. Tal posição apenas ratifica que, no caso brasileiro os constituintes optaram por trazer uma exceção ao direito de greve, nada além disso.

No entanto, resta outra possibilidade: emendas constitucionais “inconstitucionais”. Conforme asseverado alhures, a proibição de greve é encontrada atualmente no art. 142, §3º, IV²⁵, fruto da emenda constitucional nº 18 de 1998, que alterou, conquanto permaneça o mesmo texto, o *locus* do texto original. Questionar a constitucionalidade da emenda neste ponto seria,

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815, Relator Min. Moreira Alves. Plenário. Julgado em 28.03.1996, publicado DJU em 10.05.1996.

²⁴ BACHOF, O. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Lisboa: Almeida, 1994. p. 57, grifos no original.

²⁵ Tal proibição é encontrada no capítulo sobre “Forças Armadas”, todavia, ao tratar dos “militares dos estados, do Distrito Federal e dos Territórios”, o art. 42, §1º aduz a aplicação da mesma proibição ao trazer que “aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º”.

no mínimo, estranho, dado que a alteração não atingiu o texto normativo, o axioma do enunciado. Destarte, mesmo emendas sendo passíveis de controle de constitucionalidade, a questão da greve de militares não encontra respaldo jurisprudencial para alegação de inconstitucionalidade, dada que a posição foi a adotada pelo constituinte originário, recaindo, assim, na terceira hipótese de Bachof, a qual, como já demonstrado, não é aceita no Brasil.

Por fim, resta a derradeira análise da Convenção 151 da Organização Internacional do Trabalho. À época de seu texto, Marcus Orione afirmava que a Presidência da República deveria com urgência ratificá-la, pois ela tratava de relações de trabalho no setor público e trazia uma possibilidade de extensão à polícia. Pois bem, tal ratificação foi feita através do Decreto nº 7.944/2013²⁶. Além da referida convenção não citar em momento nenhum a palavra “greve”, o artigo 1º ao se referir aos militares é categórica ao trazer que “a legislação nacional determinará o modo pelo qual as garantias previstas pela presente Convenção se aplicarão às forças armadas e à polícia”. Não existe espaço interpretativo para discussão.

Além de todo o exposto, vários ministros do Supremo Tribunal Federal como Marco Aurélio, Ayres Britto²⁷ e Carlos Velloso²⁸ já demonstraram a constitucionalidade da proibição de greve de militares²⁹. Desta forma, conclui-se,

²⁶ BRASIL. Decreto nº 7.944, de 6 de março de 2013. Promulga a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da Organização Internacional do Trabalho sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública, firmadas em 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7944.htm>. Acesso em: 19 jul. 2016.

²⁷ BRÍGIDO, C.; AMORIM, S. Para ministros do STF, greve de PMs da Bahia é inconstitucional. *O Globo*, São Paulo e Brasília, 08 fev. 2012 Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/para-ministros-do-stf-greve-de-pms-da-bahia-inconstitucional-3921039>>. Acesso em: 19 jul. 2016

²⁸ VELLOSO, C. A greve de policiais militares. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 13 fev. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/25541-a-greve-de-policiais-militares.shtml>>. Acesso em 19 jul. 2016

²⁹ Em Reclamação julgada pelo plenário, o Supremo Tribunal Federal chegou, inclusive, a

neste primeiro momento, que a restrição de greve de militares é perfeitamente possível, pois não fere o texto constitucional. Em virtude dos princípios da hierarquia e disciplina, os quais orientam o funcionamento das Forças Armadas e dos militares dos estados, do Distrito Federal e dos Territórios, uma interpretação sistêmica não fere o princípio da igualdade exposto no *caput* do art. 5º e nem possui arcabouço argumentativo para ser declarado inconstitucional, dado que, não somente é oriundo de uma interpretação sistêmica, como também foi escolha do constituinte originário.

Tendo superado este primeiro entrave, passar-se-á à análise das competências da Justiça Militar a fim de, recortando o tema, observar qual o órgão competente para julgamento de greve de policiais militares.

3

AS COMPETÊNCIAS DA JUSTIÇA MILITAR E A GREVE DE POLICIAIS MILITARES

Passa-se agora à específica análise das competências para caso de crimes de greves de policiais militares. Para tal, serão necessários alguns apontamentos sobre as competências da Justiça Militar e sobre a natureza dos crimes de greve de policiais militares.

Embora a jurisdição, ao ser monopólio do Estado, seja una, existe uma divisão de competências derivada da própria Constituição Federal, ao trazer que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII, CF). Para tanto, existem as justiças especializadas com “o propósito

estender a proibição aos policiais civis: “[...] 3. As atividades desenvolvidas pelas polícias civis são análogas, para efeito do exercício do direito de greve, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve (art. 142, § 3º, IV)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 11247, Relator Min. Dias Toffoli. Plenário. Julgado em 27.02.2014, publicado DJU em 02.04.2014.

de realçar ainda mais o alto grau de especialização das respectivas Justiças, tendo em vista a própria especificidade normativa de cada ramo do direito material ali aplicado”³⁰. Dentre as justiças especializadas, encontra-se a Justiça Militar com todas suas particularidades.

A estrutura da Justiça Militar compreende o Superior Tribunal Militar, órgão de cúpula, e os Tribunais e Juízes Militares, conforme artigo 122 da Constituição Federal. Com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, foi ratificada a distinção entre Justiça Militar da União e Justiça Militar Estadual ao trazer que:

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.

§ 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.

José Afonso da Silva traz uma crítica a tal emenda, ao afirmar que:

Não se pode deixar passar sem uma observação crítica o surgimento desses chamados juízes de direito do juízo militar, que constitui um retrocesso em oposição às disposições da Lei 9.299, de 1996, que, modificando o Código Penal Militar, submeteu os crimes dolosos contra a vida, praticado contra civil, à competência da justiça comum³¹.

Desta feita, a diferença entre ambas reside nos jurisdicionados, e cabe à primeira o julgamento de integrantes das Forças Armadas – e eventualmente civis

³⁰ OLIVEIRA, E. P. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 205.

³¹ SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 641.

– e à segunda o julgamento das forças militares estaduais, incluindo bombeiros. É importante ressaltar, contudo, que já é assentado pelo Supremo Tribunal Federal que “a Justiça Militar estadual não dispõe de competência penal para processar e julgar civil que tenha sido denunciado pela prática de crime contra a Polícia Militar do Estado”³².

Entre as várias relações tuteladas pelo Direito, a Justiça Militar, conforme asseverado pela Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, restringe-se a julgamentos criminais, enfatizando crimes militares contra as Forças Armadas e a Administração Pública³³. A Constituição Federal traz, sem definir, que a competência da Justiça Militar é a de julgar crimes militares. Célio Lobão, por sua vez, define-os como:

A infração penal prevista na lei penal militar que lesione bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar e ao serviço militar³⁴.

Sobre a questão de competência, resta destacar que “havendo conexão entre um crime comum e um crime militar, impõe-se a separação de processos. É o que estabelece o art. 102, “a”, do CPPM, e o art. 79, I, do CPP”³⁵. Exatamente sobre esse ponto reside o cerne da questão suscitada pelo presente artigo. Em momento

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 116780-CE, Relatora Min. Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em 22.10.2013, publicado DJU em 18.12.2013.

³³ ROCHA, M. E. G. T. A importância das justiças militares para o Estado Democrático de Direito. *Revista do Ministério Público Militar*, ano 39, n. 24. Brasília: Procuradoria-Geral da Justiça Militar, 2014. p. 360.

³⁴ LOBÃO, C. *Direito Penal Militar*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2014. p. 50.

³⁵ ALVES, V. F. R. Crimes em licitações e contratos no âmbito das Forças Armadas: reflexões sobre a atual tipificação legal. *Revista do Ministério Público Militar*, ano 40, n. 25. Brasília: Procuradoria-Geral da Justiça Militar, 2015. p. 315.

algum o Código Penal Militar ou qualquer outra lei tipifica *ipsis litteris* a conduta de greve de militar. Neste diapasão, Neves e Streifinger chegam a afirmar, inclusive, que “a greve, por si só, não configura o delito, mas o modo de manifestação pela ocupação de instalações turbando a ordem e a disciplina, sim”³⁶.

Desta forma, é necessário analisar alguns pontos nevrálgicos da definição de greve para enquadrá-la, ao respeitar a Constituição Federal, no tipo penal mais adequado. Para Maurício Godinho, greve “seria a paralisação coletiva provisória, parcial ou total, das atividades dos trabalhadores em face de seus empregadores” acrescenta ainda que “com o objetivo de exercer-lhes pressão, visando à defesa ou conquista de interesses coletivos, ou com objetivos sociais mais amplos”³⁷. No que tange aos militares, duas legislações podem ser utilizadas: o Código Penal Militar e a Lei de Segurança Nacional.

Quanto ao primeiro, três tipos penais devem ser analisados: motim, revolta e conspiração:

Motim

Art. 149. Reunirem-se militares ou assemelhados:

I – agindo contra a ordem recebida de superior, ou negando-se a cumpri-la;

II – recusando obediência a superior, quando estejam agindo sem ordem ou praticando violência;

III – assentindo em recusa conjunta de obediência, ou em resistência ou violência, em comum, contra superior;

IV – ocupando quartel, fortaleza, arsenal, fábrica ou estabelecimento militar, ou dependência de qualquer deles, hangar, aeródromo ou aeronave, navio ou viatura militar, ou utilizando-se de qualquer daqueles locais ou meios de transporte, para ação militar, ou prática de violência, em desobediência a ordem superior ou em detrimento da ordem ou da disciplina militar:

[...] Revolta

Parágrafo único. Se os agentes estavam armados:

[...] Conspiração

³⁶ NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M.. *Manual de direito penal militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 996.

³⁷ GODINHO, M. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 1507.

Art. 152. Concertarem-se militares ou assemelhados para a prática do crime previsto no artigo 149:
Pena - reclusão, de três a cinco anos

Os três carecem de análises. Motim e Revolta estão, não à toa, no mesmo artigo, pois a única distinção é o elemento objetivo, qual seja o uso de armas. O bem jurídico tutelado é a disciplina militar, definida no Estatuto dos Militares como “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”, sendo o “perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo [Forças Armadas *lato sensu*]”³⁸. Não se fala em número mínimo de militares que devem estar envolvidos, entendendo-se que dois militares já podem ser responsáveis por um motim ou revolta. Todas são consideradas propriamente militares³⁹, podem, destarte, enquadrar-se na exceção do art. 5º, LXI, CF, já detalhada anteriormente.

No caso da greve de policiais, a paralisação sozinha não é considerada motim, ela depende da recusa, desobediência ou ocupação expostas nos incisos do artigo 149. Neves e Streifinger trazem um exemplo que demonstra tal evolução de greve por si só a crime militar de motim:

Imaginemos um grupo de militares do Estado em greve, paralisados em uma praça central da capital de um Estado. Todos eles, também imaginemos, estão escalados para o serviço de policiamento daquele dia em que decidiram entrar em paralisação. Verificando a lesão na preservação da ordem pública, o comandante daquele contingente se dirige à praça de reunião e emite a ordem direta para que todos assumam seus postos. Pois bem, com a recusa de dois ou mais militares em assumir o serviço, estaremos diante do

³⁸ 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>. Acesso em: 19 jul. 2016.

³⁹ NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M.. *Manual de direito penal militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 985-987.

delito de motim, nos termos da primeira parte do inciso II do art. 149. Note-se que todos estavam, sem ordem, praticando um ilícito administrativo disciplinar, não um delito, em razão da própria participação em greve, vedada pela Lei Maior⁴⁰.

Ressalta-se, contudo, que a ordem de proibição para aderir a greve pode ocorrer antes da paralisação em si. Ao iniciarem os rumores, o superior hierárquico pode emitir ordem cujo descumprimento caracterizaria motim ou revolta. Destarte, com as devidas colocações, é possível, em âmbito, militar, enquadrar a greve nos tipos supracitados. Contudo, além dos da legislação militar, greve realizada por policiais militares pode enquadrar-se na lei 7.170/1983, a lei de Segurança Nacional.

Embora elaborada ainda no período de ditadura militar, a lei citada foi recepcionada, em partes, através de filtragem constitucional. Sobre ela, Heleno Cláudio Fragoso expôs que “uma lei de segurança nacional visa a proteger a segurança do Estado. Poderíamos dizer que o Estado, cuja segurança se visa a tutelar é o Estado democrático” acrescentando, ainda, que “a segurança do estado depende de múltiplos fatores, entre os quais, por exemplo, a pujança de sua economia e o preparo e a coesão de suas Forças Armadas”⁴¹.

Desta forma, as ações que colocam em risco a segurança do Estado, independentemente como fim ou meio, enquadram-se em afronta aos bens jurídicos tutelados pela Lei de Segurança Nacional. O Supremo Tribunal Federal

⁴⁰ NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M.. *Manual de direito penal militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 989.

⁴¹ FRAGOSO, H. Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 21 abr. 1983. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo39.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.

já se debruçou sobre a competência para julgamento de crimes políticos e para sua definição, veja-se:

1ª) Os juízes federais são competentes para processar e julgar os crimes políticos e o Supremo Tribunal Federal para julgar os mesmos crimes em segundo grau de jurisdição (CF, artigos 109, IV, e 102, II, b), a despeito do que dispõem os artigos 23, IV, e 6º, III, c, do Regimento Interno, cujas disposições não mais estão previstas na Constituição. 2ª) Incompetência da Justiça Militar: a Carta de 1969 dava competência à Justiça Militar para julgar os crimes contra a segurança nacional (artigo 129 e seu § 1º); entretanto, a Constituição de 1988, substituindo tal denominação pela de crime político, retirou-lhe esta competência (artigo 124 e seu par. único), outorgando-a à Justiça Federal (artigo 109, IV). [...] MÉRITO: 1. Como a Constituição não define crime político, cabe ao intérprete fazê-lo diante do caso concreto e da lei vigente. 2. Só há crime político quando presentes os pressupostos do artigo 2º da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/82), ao qual se integram os do artigo 1º [...]⁴².

Assim, resta claro que a greve por parte de policiais militares pode ser enquadrada em ilícitos penais diferentes presentes em duas leis do ordenamento jurídico sem causar *bis in idem*. Contudo, a continência e conexão envolvendo crimes militares recebem um tratamento distinto pelo Código de Processo Penal, conforme exposto alhures. Assim, chega-se à questão do início: a quem cabe julgar a greve de policiais militares?

Embora a tendência seja a união de processos, o caso em discussão refere-se a uma exceção, dada a já citada especificidade da Justiça Militar⁴³. Os crimes

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Criminal nº 1468, Relator Min. Ilmar Galvão, Relator p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa. Plenário. Julgado em 23.03.2000, publicado DJ 16.08.2000.

⁴³ Célio Lobão traz um exemplo para explicar a questão “Policial militar e integrante das Forças Armadas, ambos em serviço, praticam, em concurso, crime militar contra civil, os processos serão separados. O militar federal será julgado na Auditoria Militar federal e o policial pelo Juiz de Direito do Juízo Militar estadual. Entretanto, no mesmo exemplo, se o militar federal não estiver de serviço, será julgado pela Justiça comum, permanecendo

tipificados pelo Código Penal Militar serão, em se tratando de policiais, julgados pela Justiça Militar Estadual, à medida que os crimes presentes na Lei de Segurança Nacional serão julgados pela Justiça Federal. Além das legislações supracitadas, este foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao ser consultado em Conflito de Competência:

1. Constatada a prática, em tese, de crimes de motim, revolta e conspiração, previstos no art. 149, caput e parágrafo único, e art. 152, ambos do CPM, capitulados na denúncia oferecida contra 84 policiais militares que participaram da greve ocorrida na Bahia, nos meses de janeiro e fevereiro de 2012, a competência para processar e julgar tais delitos é da Justiça Militar. 2. Na eventualidade de se comprovar a ocorrência de crimes previstos na Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/1983) – valendo ressaltar que já existe inquérito policial instaurado para esse fim –, nos termos do que dispõe o art. 109, inciso IV, da CF/88, a competência será da Justiça Federal. Precedentes do STJ e do STF⁴⁴.

Assim, veja-se, em ocorrendo a greve de policiais militares, dever-se-ão observar maiores detalhes acerca dela. Primeiramente, é necessário analisar se ela se enquadra nos tipos penais de motim e revolta, ou seja, é necessária ação contrária ou recusa à ordem de superior hierárquico, sendo, para configuração do segundo, necessário o uso de armas; após isso, averiguam-se as possibilidades das ações grevistas colocarem em perigo a Segurança Nacional, enquadrando-se em crime político ou em alguma tipificação da Lei 7.170/1983. No primeiro caso, o foro competente será a própria Justiça Militar Estadual, à medida que no segundo será o Justiça Federal.

inalterada a competência do Juiz de Direito do Juízo Militar para julgar o policial militar”. LOBÃO, C. *Direito Processual Penal Militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 227.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 124133, Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. 3º Seção. Julgado em 10.04.2013, publicado DJU em 17.04.2013.

Greves de militares não são, por óbvio, tão comuns quanto às de outras categorias, mas existem, embora ilegais. Tais atos são punidos a fim de se respeitar o ordenamento jurídico, enfaticamente a Constituição Federal, a qual foi categórica ao proibi-la. Não obstante as ações dos Ministérios Públicos e do Judiciário como um todo no estrito cumprimento da lei, a tendência dos Poderes Legislativo e do Poder Executivo tem sido outra.

A anistia é, segundo definição mais permeada de louçania do ex-Ministro Carlos Maxiliano, “um ato do poder do soberano que cobre com o véu do olvido certas infrações criminais, e, em consequência, impede ou extingue os processos respectivos e torna de nenhum efeito penal as condenações”⁴⁵. Tal instituto possui características específicas como a exclusão do crime, pode ser concedida inclusive antes do trânsito em julgado e extinção total da punibilidade. Além disso, usualmente atinge crimes políticos e não é exclusividade do Presidente da República, tal como indulto e graça⁴⁶.

No ano de 2010, por exemplo, o então presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a Lei nº 12.191 concedendo anistia a policiais e bombeiros militares de diversos estados. A lei foi proposta em 2007 pelo então Senador da República Garibaldi Filho (PLS nº 122/2007 e depois PL nº 3777/2008). Em todo o trâmite legislativo, o Projeto de Lei foi ganhando extensão maior que a original como, por exemplo, a feita pela Deputada Luciana Genro então relatora na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado:

apresento, também, uma emenda, que tem por objetivo estender a presente anistia aos policiais militares do Estado da Bahia, que participaram do movimento reivindicatório

⁴⁵ MAXIMILIANO, C. *Comentários à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. v. I, p. 155

⁴⁶ JESUS, D. E. *Direito Penal – Parte Geral*, vol. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 605.

ocorrido no período compreendido entre os dias 2 a 19 de julho de 2001 e 8 de janeiro de 2002.⁴⁷ .

De uma grafia estranha e repetitiva, a lei acabou por conceder anistia aos policiais e bombeiros militares do Rio Grande do Norte, Bahia, Roraima, Tocantins, Pernambuco, Mato Grosso, Ceará, Santa Catarina e Distrito Federal que participaram de movimentos reivindicatórios de 1997 até a data da lei⁴⁸.

Em 2011 a Presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei nº 12.505, muito semelhante à Lei nº 12.191, estenderam-se seus efeitos aos militares de Alagoas, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rondônia e Sergipe⁴⁹. O PLC nº 17/2015 procurava abarcar ainda mais estados, contudo, foi vetado pela Presidente, afirmando que “o projeto ampliaria o lapso temporal e territorial de anistia concedida pela Lei nº 12.505, de 11 de outubro de 2011, já ampliada pela Lei nº 12.848, de 2013, passando a abranger situações que se deram em contextos distintos das originais”. O ponto mais importante do veto encontra-se na afirmação de que “contudo, tendo em vista a proibição prevista no art. 142, § 3º, inciso IV, da Constituição, qualquer concessão de anistia exige cuidadosa análise de acordo com cada caso concreto”, devendo se observar “o risco de gerar desequilíbrios no comando exercido pelos

⁴⁷ BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados, ano LXIV, nº 223, p. 72.347 Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD17DEZ2009.pdf#page=750>> . Acesso em: 20 jul. 2016.

⁴⁸ BRASIL. Lei 12.191, de 13 de janeiro de 2010. Concede anistia a policiais e bombeiros militares do Rio Grande do Norte, Bahia, Roraima, Tocantins, Pernambuco, Mato Grosso, Ceará, Santa Catarina e Distrito Federal punidos por participar de movimentos reivindicatórios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12191.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

⁴⁹ BRASIL. Veto nº 56. Veto Total nº 56, de 2015 aposto ao Projeto de Lei da Câmara nº 17, de 2015 (nº 177, de 2015, na Casa de Origem). Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=01/12/2015&paginaDireta=00019>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

Estados sobre as instituições militares, sujeitas à sua esfera de hierarquia”⁵⁰. No entanto, o Congresso Nacional derrubou o veto e, posteriormente, o então Presidente Interino Michel Temer sancionou-a, e foi estendida a anistia a policiais e bombeiros militares de 19 estados e do Distrito Federal⁵¹. Concorde-se, aqui, com a posição exposta no veto sobre o risco que demasiadas anistias podem conferir à hierarquia e disciplina das forças policiais. Não se nega que institutos como anistia devam existir e ser utilizados num Estado Democrático de Direito, contudo eles não podem servir como medidas de cunho populistas, mormente ao tratar de tema tão sensível como greve de militares.

4 CONCLUSÃO

É possível epilogar as principais ideias defendidas e desenvolvidas no texto por meio das seguintes proposições objetivas:

⁵⁰ BRASIL. Veto nº 56. Veto Total nº 56, de 2015 aposto ao Projeto de Lei da Câmara nº 17, de 2015 (nº 177, de 2015, na Casa de Origem). Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=01/12/2015&paginaDireta=00019>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

⁵¹ BRASIL. Lei 13.293, de 1º de julho de 2016. Altera a Lei nº 12.505, de 11 de outubro de 2011, que “concede anistia aos policiais e bombeiros militares dos Estados de Alagoas, de Goiás, do Maranhão, de Minas Gerais, da Paraíba, do Piauí, do Rio de Janeiro, de Rondônia, de Sergipe, da Bahia, do Ceará, de Mato Grosso, de Pernambuco, do Rio Grande do Norte, de Roraima, de Santa Catarina, do Tocantins e do Distrito Federal punidos por participar de movimentos reivindicatórios”, para acrescentar os Estados do Amazonas, do Pará, do Acre, do Mato Grosso do Sul e do Paraná. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13293.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

1. Sobre a argumentação acerca da inconstitucionalidade da greve de militares, aqueles que o fazem, baseiam-se nos seguintes pontos:

- a) o movimento grevista não afronta a hierarquia militar;
- b) existe um conflito entre direito à greve e à segurança pública. Filtrando-o através da dignidade da pessoa humana, aquela deve prevalecer;
- c) o princípio da igualdade é atingido ao se observar tratamento desigual entre servidores civil e militar;
- d) a Convenção 151 da Organização Internacional do Trabalho inclui militares.

2. A teoria constitucional e a teoria dos direitos fundamentais são suficientes para contrapor tais teses. Realmente existe um tratamento desigual entre militares e civis e, por consequência, entre servidores públicos e militares. Ressalta-se, todavia, que a própria Constituição Federal faz tal distinção.

3. Celso Antônio Bandeira de Mello traz critérios a serem analisados para possibilidade jurídica do tratamento desigual:

- a) fator de discriminação;
- b) liame inexorável entre fator de discriminação e regime diferenciado;
- c) adequação axiológica e sistemática à Constituição Federal sob uma ótica concreta.

Tal análise permite concluir que o regime diferenciado entre civis e militares é jurídica e logicamente possível.

4. Outros argumentos contrários à proibição de greve residem na ideia de que existe um conflito entre direitos fundamentais e que a possibilidade de greve deve prevalecer, ou, ainda, que a proibição à greve é inconstitucional. Quanto ao

primeiro, Virgílio Afonso da Silva apresenta que os conflitos podem ser analisados pela ótica da teoria da interna ou da teoria externa. Conquanto a primeira não seja a mais utilizada, ela pode ser trazida em virtude da teoria dos limites iminentes, a qual parte da premissa que os direitos fundamentais não são absolutos e que os seus limites estão na própria Constituição (direito à greve e sua proibição aos militares). Para os seguidores da teoria externa como Robert Alexy, parte-se de uma divisão dos direitos fundamentais entre direito em si e restrições, o que permite um conflito entre eles e eventual restrição de um deles, desde que, através da lei do sopesamento, o outro seja mais satisfeito. A teoria retratada enquadra-se no conflito entre defesa da soberania e direito à greve de militares. A restrição deste visa à maior garantia daquele.

5. A proibição está assentada na Constituição Federal de forma que querer falar em inconstitucionalidade no art. 142, §3º, IV traria a necessidade de um grande ônus teórico. Contudo, Otto Bachof destinou um livro às normas constitucionais “inconstitucionais”. Entre os casos apresentados por ele, o único caso que poderia suscitar certa dúvida no caso discutido seria o de emendas constitucionais. Todavia, a EC 18/1998, no que se refere à proibição de greve, trouxe apenas uma mudança topográfica e não de texto, assim, a possibilidade de inconstitucionalidade é prontamente afastada, mantendo o desejo do constituinte originário. O Brasil não aceita a tese de hierarquia entre normas constitucionais. Destarte, não se é possível falar em inconstitucionalidade do referido inciso.

6. No ordenamento pátrio a greve de policiais militares não é tipificada, de modo que é necessário fazer a adequação aos tipos existentes. No que tange ao Código Penal Militar, é possível adequá-la, havendo recusa ou desobediência, em motim, revolta e conspiração. Repisa-se, contudo, que não é a greve por si própria, mas as consequências extraídas dela. Enquanto ela ocorre, um superior

hierárquico pode proibir os militares de participarem, a recusa configura crime; em havendo indícios, um superior pode proibir a participação de policiais antes mesmo de ocorrer. A greve também pode ser enquadrada na Lei de Segurança Nacional.

7. Embora a conexão e continência seja regra, ela não vale para casos de concurso entre jurisdição comum e militar (art. 102, a, CPPM e art. 79, I, do CPP). De modo que os crimes praticados por policiais militares tipificados no Código Penal Militar serão julgados pela Justiça Militar Estadual e os presentes na Lei de Segurança Nacional, pela Justiça Federal.

8. Por fim, ressalta-se que os Poderes Legislativo e Executivo têm, nos últimos anos, concedido anistia aos grevistas, o que pode gerar riscos à disciplina e respeito à hierarquia militar. Concorde-se aqui com o veto da Ex-Presidente Dilma Rousseff e discorde-se da sanção do então Presidente Interino e atual Presidente do Brasil, Michel Temer.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVES, V. F. R. Crimes em licitações e contratos no âmbito das Forças Armadas: reflexões sobre a atual tipificação legal. *Revista do Ministério Público Militar*, ano 40, n. 25. Brasília: Procuradoria-Geral da Justiça Militar, 2015.

BACHOF, O. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Lisboa: Almeida, 1994.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Decreto nº 7.944, de 6 de março de 2013. Promulga a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da Organização Internacional do Trabalho sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública, firmadas em 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7944.htm>. Acesso em: 19 jul. 2016.

BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados, ano LXIV, nº 223, p. 72.347 Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD17DEZ2009.pdf#page=750>> . Acesso em: 20 jul. 2016.

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. Acesso em 19.07.2016.

BRASIL. Lei 12.191, de 13 de janeiro de 2010. Concede anistia a policiais e bombeiros militares do Rio Grande do Norte, Bahia, Roraima, Tocantins, Pernambuco, Mato Grosso, Ceará, Santa Catarina e Distrito Federal punidos por participar de movimentos reivindicatórios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12191.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL. Lei 12.505, de 11 de outubro de 2011. Concede anistia aos policiais e bombeiros militares dos Estados de Alagoas, da Bahia, do Ceará, de Mato Grosso, de Minas Gerais, de Pernambuco, do Rio de Janeiro, do Rio Grande do Norte, de Rondônia, de Roraima, de Santa Catarina, de Sergipe e do Tocantins e do Distrito Federal punidos por participar de movimentos reivindicatórios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12505.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL. Lei 13.293, de 1º de julho de 2016. Altera a Lei nº 12.505, de 11 de outubro de 2011, que “concede anistia aos policiais e bombeiros militares dos Estados de Alagoas, de Goiás, do Maranhão, de Minas Gerais, da Paraíba, do Piauí, do Rio de Janeiro, de Rondônia, de Sergipe, da Bahia, do Ceará, de Mato Grosso, de Pernambuco, do Rio Grande do Norte, de Roraima, de Santa Catarina, do Tocantins e do Distrito Federal punidos por participar de movimentos reivindicatórios”, para acrescentar os Estados do Amazonas, do Pará, do Acre, do Mato Grosso do Sul e do Paraná. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13293.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 124133, Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. 3º Seção. Julgado em 10.04.2013, publicado DJU em 17.04.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815, Relator Min. Moreira Alves. Plenário. Julgado em 28.03.1996, publicado DJU em 10.05.1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 116780-CE, Relatora Min. Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em 22.10.2013, publicado DJU em 18.12.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 11247, Relator Min. Dias Toffoli. Plenário. Julgado em 27.02.2014, publicado DJU em 02.04.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Criminal nº 1468, Relator Min. Ilmar Galvão, Relator p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa. Plenário. Julgado em 23.03.2000, publicado DJ 16.08.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 184083, Relator Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. Julgado em 07.11.2000, publicado DJU em 18.05.2001.

BRASIL. Veto nº 56. Veto Total nº 56, de 2015 aposto ao Projeto de Lei da Câmara nº 17, de 2015 (nº 177, de 2015, na Casa de Origem). Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=01/12/2015&paginaDireta=00019>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRÍGIDO, C.; AMORIM, S. Para ministros do STF, greve de PMs da Bahia é inconstitucional. *O Globo*, São Paulo e Brasília, 08 fev. 2012 Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/para-ministros-do-stf-greve-de-pms-da-bahia-inconstitucional-3921039>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

CORREIA, M. O. G. Constituição e princípios. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. A3, 13 fev. 2013.

CORREIA, M. O. G. A viabilidade constitucional da greve. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. A3, 15 nov. 2008.

DI PIETRO, M .S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DOTTI, R. A. *Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FRAGOSO, H. Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 21 abr. 1983. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/helena_artigos/arquivo39.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.

GODINHO, M. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

GRAU, E. R. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

JESUS, D. E. *Direito Penal – Parte Geral*, vol. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, M. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LOBÃO, C. *Direito Penal Militar*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2014.

LOBÃO, C. *Direito Processual Penal Militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MAXIMILIANO, C. *Comentários à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

MELLO, C. A. B. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1ª ed, 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, C. A. B. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed, 24. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

OLIVEIRA, E. P. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. *Manual de direito penal militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, E. P. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

ROCHA, M. E. G. T. A importância das justiças militares para o Estado Democrático de Direito. *Revista do Ministério Público Militar*, ano 39, n. 24. Brasília: Procuradoria-Geral da Justiça Militar, 2014.

ROTH, R. J. Crime Continuado. A distinção de tratamento no CPM e no CP Comum: existe razão para isso? *Revista do Ministério Público Militar*, ano 38, n. 23. Brasília: Procuradoria-Geral da Justiça Militar, 2013.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SILVA, V. A. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, R. R. R. Forças Armadas na CRFB/88: função militar, hierarquia e disciplina e especificidades do regime jurídico militar. *Revista do Ministério Público Militar*, ano 38, n. 23. Brasília: Procuradoria-Geral da Justiça Militar, 2013.

VELLOSO, C. A greve de policiais militares. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 13 fev. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaao/25541-a-greve-de-policiais-militares.shtml>>. Acesso em 19 jul. 2016.

O NEOCONSTITUCIONALISMO E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

THE NEOCONSTITUTIONALISM AND
THE NORMATIVE FORCE OF THE
CONSTITUTION FOR THE
IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES
BY THE BRAZILIAN JUDICIARY

Fernanda Vieira da Silveira Santos

Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal
pelo Instituto Brasiliense de Direito Público

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo mostrar os principais pontos de atenção no constitucionalismo e a sua evolução para o novo modelo constitucional, para que assim possamos compreender o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Trata-se de tema atual e muito complexo, pois via de regra a implementação de políticas públicas seria competência típica

dos Poderes Legislativo e Executivo. Várias são as teses contrárias a atuação do judiciário para a implementação destas políticas, sobretudo a ofensa a separação dos poderes e a judicialização excessiva. Por outro lado, demonstraremos que o Neoconstitucionalismo fortaleceu o poder do Judiciário para que haja aplicação concreta da Constituição, de modo a preencher as arestas deixadas pela negligência de outros poderes, notadamente o Poder Executivo. No mais, abordaremos casos concretos em que o STF interferiu para implementar políticas públicas que visam a garantir o mínimo existencial.

PALAVRAS-CHAVES: Neoconstitucionalismo. Estado. Políticas públicas. Poder Judiciário. Separação dos Poderes.

ABSTRACT: This article has the objective of explain the main topics in the constitutionalism and its evolution to a new constitutional model, so it can be possible to better comprehended the role of the judiciary power in the implementation of the public politics. It deals of a very complex and current theme, because usually the implementation of the public politics would typically be of the legislative and executive powers competence. Many are the contrary thesis against the interaction of the judiciary over the implementation of these politics, mainly the offense of the separation of the powers and the excessive judicialization. Although, will be shown that the neoconstitucionalism has strengthened the power of the judiciary so it can have the concrete applying of the Constitution, in a way to fulfill the problems left by the negligence of the other powers, notedly the Executive Power. Beside that, will be aproached concrete cases that the Supreme Court has interfered to implement public politics that has aimed to ensure the minimum existential.

KEYWORDS: Neoconstitucionalism. State. Public policy. Judicial power. Separation of powers.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Espécies de normas constitucionais brasileiras quanto à eficácia e aplicabilidade – 2.1 Normas de eficácia plena – 2.2 Normas de

eficácia contida – 2.3 Normas de eficácia limitada – 3. Neoconstitucionalismo no Brasil – 4. Atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas – 4.1 Direito à greve dos servidores públicos – 4.2 Direito à saúde – 4.3 Direito à educação e a falta de vagas em creches – 5. Conclusão – 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Não há que se falar em neoconstitucionalismo, também denominado constitucionalismo pós-moderno, ou pós-positivismo, sem mencionar introdutoriamente os principais pontos de atenção no constitucionalismo propriamente dito e sua evolução para o novo modelo constitucional.

O constitucionalismo foi um movimento jurídico e político no sentido de limitar o poder do Estado através de uma constituição; trouxe, por meio de normas escritas, que garantem mais tranquilidade e segurança ao povo, limites que o Estado não pode ultrapassar.

Falamos aqui em um modelo estatal absolutista, em que a figura do rei confundia-se com a do Estado, e não se sabia ao certo o que era Estado e o que era rei. Relembremos o exemplo de Luís XIV, o Rei Sol, e a célebre frase “*L’État c’est moi*” (O Estado sou eu).

Nesse quadro de violação estatal, avançou a ideia de constitucionalismo, que pedia uma constituição escrita e que estabelecesse regras de convivência estatal para que o povo não fosse pego de surpresa a partir dos desejos de seu governante. Importante mencionar que uma constituição escrita privilegia a segurança jurídica e, mesmo que em grau acanhado, a isonomia.

Os principais marcos do constitucionalismo foram:

- a) Magna Carta de 1215 do Rei João Sem-Terra da Inglaterra – após este elevar demasiadamente a carga tributária na Inglaterra e desconsiderar a importância do povo inglês como componentes desse país, surgiram movimentos que exigiam um certo conjunto de direitos a serem observados pelo Estado, e o rei foi obrigado a fazer um acordo com os barões ingleses – constituição pactuada;
- b) Constituição Norte-Americana de 1787 aliás, a mesma até hoje, que teve seu embrião nos contratos de colonização e a na *Declaration of Rights* do Estado da Virgínia, de 1776;
- c) Constituição Francesa de 1791 – advinda dos movimentos iluministas da Revolução Francesa e que teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Vê-se claramente que os movimentos do constitucionalismo estão intimamente ligados a uma reação social contra o Estado Absolutista. Dos principais marcos elencados acima, temos direitos muito importantes, como por exemplo, o Devido Processo Legal, o *Habeas Corpus* e a ideia de pactos escritos entre o Estado e o seu povo.

Então, o constitucionalismo visa, imediatamente, limitar o poder do Estado sobre seu povo e, mediadamente, criar um conjunto de direitos que dependerão de extremo esforço político para que se concretizem. Daí desenvolve-se a noção de totalitarismo constitucional marcado basicamente por:

- a) normas programáticas que jamais sairão dessa noção, pois são inalcançáveis;
- b) normas não implementadas por falta de motivação política.

Nessa toada, vem ganhando força e espaço o neoconstitucionalismo que visa solucionar tal problema e buscar a máxima eficácia das normas constitucionais

programáticas. Em verdade, é um movimento jurídico e político que visa à precisão da aplicação das normas constitucionais, refuta a ideia de carta política e exige aplicação concreta da Constituição, inclusive, preenche, por comando judicial, as arestas deixadas pela negligência de outros poderes, notadamente o Poder Executivo.

2 ESPÉCIES DE NORMAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS QUANTO À EFICÁCIA E APLICABILIDADE

Quanto aos planos de análise das normas constitucionais não há de se analisar o plano de existência e validade, por obviedade. Entretanto, o plano da eficácia, que é o potencial que a lei tem de produzir efeitos, deve ser analisado.

Todas as normas constitucionais têm eficácia, algumas têm eficácia jurídica e eficácia social e outras apenas jurídica como observa o professor Michel Temer:

Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com elas se conflitam.¹

Quanto à eficácia, no entanto, o Supremo Tribunal Federal, orientado pelas lições do professor José Afonso da Silva, entende haver três espécies: norma de eficácia plena; norma de eficácia contida; e norma de eficácia limitada.

¹ TEMER, M. *Elementos de Direito Constitucional*. 22. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 25.

2.1 Normas de eficácia plena

Normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são aquelas que não necessitam de impulso nenhum para produzirem seus efeitos, ou seja, tão logo a Constituição entrou em vigor, passaram a produzir efeitos.

São, regra geral, normas que distribuem competências dos órgãos e entes, como por exemplo, o artigo 22 da Constituição Federal que estabeleceu a competência legislativa da união.

2.2 Normas de eficácia contida

Normas de eficácia contida ou prospectiva têm aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral. Quer-se dizer que, em que pese tenha eficácia para produzir efeitos a partir da entrada em vigor da Constituição, poderá haver redução de seus efeitos.

O que ocorre nessa espécie de norma é uma limitação, uma verdadeira restrição à eficácia e aplicabilidade. Tal limitação poderá ocorrer por legislação infraconstitucional ou mesmo pela Constituição.

Vale dizer que, caso não haja limitação legal, a norma de eficácia contida será considerada de eficácia plena. Um exemplo clássico de norma de eficácia contida é a que está presente no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal e estabelece que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Não fosse o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil exigir aprovação em Exame de Ordem, todos os bacharéis em direito poderiam ser advogados, mas isso não ocorre. O Estatuto da OAB, lei infraconstitucional, previu a exigência de uma prova para que os bacharéis em direito se tornassem advogados.

A passagem do artigo 5º, XIII, da Constituição Federal “[...] atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” torna a referida norma em norma de eficácia contida.

2.3 Normas de eficácia limitada

Normas de eficácia limitada, de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida são aquelas que não têm força própria para produzir todos os seus efeitos a partir da entrada em vigor da Constituição. É exatamente nessa espécie de norma que o neoconstitucionalismo se faz presente através do preenchimento de valores éticos e morais contidos nas normas, que ensejariam amplo campo de escusa por parte do Poder Público.

Tais normas precisam de uma lei integrativa para que produzam seu efeito, servindo de verdadeiro vetor para a aplicação da norma, ou seja, conforme professor José Afonso da Silva, referidas normas têm, ao menos, eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, já que:

[...] a) estabelecem um dever para o legislador ordinário; b) condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais a lei ou atos que as ferirem; c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção de valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; d) constituem sentido teológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; f) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.²

Ainda, dividem-se as normas de eficácia limitada em:

a) normas de eficácia limitada, declaratórias de princípios institutivos ou organizativos (ou orgânicos) são as que contêm as estruturas das instituições, órgãos ou entidades (Por exemplo: artigo 18, §2º, da Constituição);

² SILVA, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 164.

b) normas de eficácia limitada, declaratórias de princípios programáticos são as que veiculam programas a serem implementados pelo Estado, visando o atingimento das finalidades sociais (Por exemplo: direito à saúde – artigo 196 da Constituição; direito à educação – artigo 205 da Constituição; etc.).

In Verbis

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

[...]

§ 2º Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.

[...]

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Nota-se facilmente que as normas de eficácia limitada de conteúdo programático criam direitos, portanto, obrigações estatais, mas não bastam por si só para que se atinjam, como no exemplo, a saúde, a educação etc.

3

NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

Trata-se de uma nova abordagem, de uma nova perspectiva do Direito Constitucional, como sendo o centro da hermenêutica jurídica e se desenvolve partir do final do século XX e início do século XXI. Importante marcar aqui, a título cronológico, que os países da Europa alçaram tal remodelamento de seus respectivos constitucionalismos, em sua maioria, após a Segunda Guerra Mundial

e por uma série de questões que vão além das jurídicas, no Brasil, somente próximo dos anos 2000 é que começou a ganhar força tal movimento.

Fatores sociais e jurídicos influenciaram o desenvolvimento de uma consciência política e jurídica com vistas a barrar as violações estatais. A ditadura militar brasileira e as inúmeras violências perpetradas pelo Estado, inclusive, o famoso Ato Institucional nº 5, sob a égide da Constituição de 1967, suprimiu garantias básicas dos brasileiros (1964-1985). Com o fim da ditadura, nasceu a necessidade de uma condição que atendesse à realidade brasileira e, com isso, culminou na instituição de um Estado Democrático de Direito com a promulgação da Constituição Federal (05/10/1988). E ainda, desenvolveu-se um novo olhar para o Direito Constitucional brasileiro, que se tornou mais poderoso, e, embalado pelo movimento democrático do Supremo Tribunal Federal, retirou força normativa máxima da Constituição Federal.

Nessa toada, alguns fatores, impulsionados pelo Poder Judiciário, levaram ao Neoconstitucionalismo brasileiro, quais sejam:

- a) ativismo (ou protagonismo) judiciário: o judiciário passou a ser protagonista político. O Supremo Tribunal Federal assume visibilidade política com suas decisões, como por exemplo, nos casos: das cotas raciais, aborto de feto anencefálico e relações homoafetivas, contando com audiências públicas com a possibilidade de intervenção da sociedade;
- b) fenômeno da judicialização das políticas públicas: não só o Supremo Tribunal Federal como o Poder Judiciário como um todo, como por exemplo, a judicialização da educação (exigência do judiciário que o Estado crie vagas para crianças em creches);
- c) constitucionalização do direito infraconstitucional: toda e qualquer interpretação do direito infraconstitucional é feita sob uma perspectiva da Constituição e qualquer coisa que impeça, ou limite, a máxima abrangência da constituição deve ser afastada.

Pode-se dizer com tranquilidade que o marco histórico dessa nova abordagem constitucional foi a promulgação da Constituição Federal de 1988 e os movimentos social-democráticos que com ela renasceram.

O Brasil saiu de um regime de exceção para se pregar a liberdade individual e os limites do Estado, para se evitar abusos. Isso, obviamente, é algo que não se vê com certa frequência na história mundial.

Com a Constituição Federal de 1988, o povo brasileiro desenvolveu uma noção de Estado Democrático, de legalidade, de obediência à norma maior. Corroborar tal afirmação o fato de o país, neste momento, passar por situação de instabilidade política, mas continuar com sua estabilidade institucional.

Atualmente, escândalos e mais escândalos políticos desenrolam-se. A corrupção nos poderes da República é tema corriqueiro nos telejornais, notadamente pelo temeroso sistema de financiamento das candidaturas, mas, quanto à instituição e o respeito à legalidade, não há riscos. Podemos afirmar que o povo brasileiro aceitou e introjetou o modelo constitucional democrático, e isso é bom para uma sociedade.

O marco filosófico do Neoconstitucionalismo é a ultrapassagem do positivismo, ou seja, o pós-positivismo, que visa à aplicação da lei para além da lei escrita e estabelecida, leva em conta o valor moral para aplicação da norma.

Até a Segunda Guerra mundial, havia uma supremacia do legislador, marcada pelo positivismo, e o judiciário era mero repassador da norma. No entanto, com o surgimento de constituições com partículas que mereciam um preenchimento axiológico, valoração por parte do magistrado, exige-se dessa realidade um novo papel do Poder Judiciário como intérprete da Constituição.

Como marco teórico há o reconhecimento da força normativa da constituição, que supera a ideia de carta meramente política; bem como a expansão da jurisdição constitucional, que impulsiona uma nova interpretação constitucional.

A força normativa faz com que o judiciário tenha um papel mais central, pois preenche valores abertos contidos nos textos legais e o faz a partir da constituição. Há aplicabilidade direta da constituição pelo magistrado, que passou a ser convocado para tomar decisões de caráter político, com o objetivo de resolver demandas sociais, como nas áreas de saúde, educação, entre outras, não reguladas pelo legislador e, muitas vezes, negligenciadas pelo executivo.

Essa visão pós-positivista traz uma aproximação do direito à moral, visão totalmente incompatível com os positivistas e os defensores da Teoria Pura do Direito, como Norberto Bobbio e Hans Kelsen.

Dessa forma, ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, etc., o neoconstitucionalismo abre as portas do direito para o debate da moral e para a implementação de políticas públicas, função típica do Poder Executivo, por meio de decisões judiciais.

4**ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

A participação do Poder Judiciário na implementação dos direitos fundamentais, como já mencionado acima, ganhou força com o surgimento da Constituição.

Na história recente brasileira, o Judiciário representa uma garantia para a sociedade, pois se atribui a ele dar solução aos litígios, inclusive quando não solucionados pelos outros poderes.

Neste sentido, preceitua o professor Luiz Roberto Barroso:

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de

resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.³

Nunca é demais lembrar que, no Brasil, o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal; é ele que faz a interpretação da Constituição Federal e julga, via recursal, a aplicação da Constituição.

Por esse motivo, selecionamos alguns julgados que demonstram o preenchimento de valores insculpidos nas normas constitucionais, às vezes, preenchimento de lacunas e algumas condutas acerca dessa temática.

4.1 Direito à greve dos servidores públicos

Ao trabalhador é assegurado o direito de greve, verdadeiro escudo contra as violações praticadas pelo empregador. No que diz respeito ao servidor público, prevê o artigo 37, VII, da Constituição Federal:

In verbis

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

[...]

³ BARROSO, L. R. *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional. Ano 2005. p. 51. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=39>. Acesso em: 20 de junho.

Nota-se, em rápida leitura, que se trata de norma de eficácia limitada, que necessita de outra norma para sua integração. É, em verdade, norma programática que, no caso, não encontra lei infraconstitucional para que o servidor possa exercer seu direito de greve.

Na Constituição Federal brasileira, há previsão de uma ação constitucional que visa suprir a omissão legislativa, como é o caso aqui analisado. Tal ação encontra-se prevista no artigo 5º, LXXI, da Constituição, aliás, cláusula pétreia.

In verbis

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

[...]

Alguns mandados de injunção foram impetrados, mas aqui trazemos os mais importantes sob o prisma do presente trabalho: MI 670, relator Ministro Gilmar Mendes, e MI 712, relator Ministro Eros Grau, julgados em 25/10/2007, DJE 31/10/2008; e MI 708, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2007, DJE 31/10/2008.

Nesses julgados o Supremo Tribunal Federal, adotando a posição concretista geral, julgou procedentes os referidos mandados de injunção e determinou, até que o congresso nacional legisle, a aplicação da lei da iniciativa privada, concernente à greve, aos servidores públicos, observando-se algumas restrições quanto à prestação de serviços essenciais.

Em suma, poder-se-ia sustentar que o Poder Judiciário legislou no julgamento dos referidos mandados de injunção, esbarrando na competência imediata do Poder Legislativo. Mas pela força normativa da Constituição, reforçada pela negligência do legislativo em criar lei que garantisse o exercício

de um direito social pelos servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal deu aplicação e eficácia a uma norma de eficácia limitada com conteúdo programático, demonstrando a nítida abordagem neoconstitucionalista.

4.2 Direito à saúde

O direito à saúde vem plasmado no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal e assim assenta:

In verbis

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Mais uma vez, verdadeira norma de eficácia limitada e conteúdo programático, que não raras vezes, deixa desatendido o administrado.

Nos julgamentos a seguir o Supremo Tribunal Federal indica proposta de concretização da norma de eficácia limitada: RE 271.286, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12/09/2000, 2ª Turma, DJE 24/11/2000; STA 175-AgR, relator Ministro Presidente Gilmar Mendes, julgado em 17/03/2010, Plenário, DJE 30/04/2010; e AI 734.487 – AgR, relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 03/08/2010, 2ª Turma, DJE 20/08/2010.

Assim decidiu o Supremo:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade de pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do Vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera

institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável, dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes STF.

Logo, vê-se que a Suprema Corte brasileira conferiu, em brilhante julgado, obrigatoriedade no atendimento médico e na distribuição de medicamentos para pessoas que estão doentes e imprimiu concretude à norma de eficácia limitada.

4.3 Direito à educação e a falta de vagas em creches

Outra questão recorrente no judiciário brasileiro, desde o primeiro grau até o Supremo Tribunal Federal, é a falta de vagas em creches, o que demonstra violação de direitos por parte do Poder Público, nos termos dos artigos 205 e 208 da Constituição Federal.

In verbis

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II – progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal são: RE 554.075-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 20/08/2009; AI 592.075-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 04/06/2009; RE 592.937-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe de 04/06/2009; e RE 410.715-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ de 03/02/2006.

Entendem, em seus julgados, os Ministros que a criança tem direito assegurado a atendimento em creche e pré-escola, nos termos do art. 208, IV, da Constituição Federal.

Além disso, que o direito à educação se revela como um dos direitos sociais mais expressivos e, nesse sentido, sua concretização implica num dever de prestação positiva que proporcione acesso pleno ao sistema educacional, neste compreendido o atendimento em creche e pré-escola.

No mais, o artigo 208, IV, da CF trata-se norma programática, ou seja, apenas direciona os programas que serão concretizados pelo Estado, sem apontar, contudo, os meios necessários para tanto.

Dessa forma, caso haja embaraços por parte do Poder Público na destinação de vagas em creches, culminando na inobservância do referido preceito constitucional será dever do Judiciário impor o reconhecimento e a garantia de sua efetividade.

Nunca é demais lembrar que o referido direito subjetivo também é deferido às crianças e adolescentes do ensino regular pelos mesmos mecanismos que os requereram as crianças em relação às creches e em qualquer grau de jurisdição.

Como se trata de matéria exaustivamente longa, não haveria espaço para aqui delimitar cada uma das situações que envolvem uma aplicação da Constituição brasileira sob um prisma de Neoconstitucionalismo. Acreditamos ter elencado aqueles que despertam maior curiosidade e que mais representariam prejuízos caso o Poder Judiciário quedasse inerte.

Para finalizar, os Poderes Executivo e Legislativo utilizam como matéria de defesa a violação à Separação dos Poderes, nas situações em que o Poder Judiciário efetua comando judicial para o cumprimento da Constituição.

Querem sustentar que, no exato momento em que o Poder Judiciário exara comando para que o Poder Executivo promova determinada vaga em escola, estaria o Poder Judiciário ultrapassando os limites de suas funções típicas.

Para rebater, no Mandado de Segurança n. 23.452, da relatoria do Ministro Celso de Mello, restou pontuado que não se verifica ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Isso porque é firme no Supremo Tribunal Federal o

entendimento de que “o regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes”.

5 CONCLUSÃO

Indubitavelmente o Neoconstitucionalismo enseja implementação, em alguns casos, de políticas públicas pelo Poder Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, quando se está a analisar questões que envolvem normas constitucionais de eficácia limitada e de conteúdo programático frente à carência do jurisdicionado quanto às prestações subjetivas.

O Neoconstitucionalismo tem como sua principal marca a força normativa da Constituição e, por isso mesmo, a saída para o não cumprimento de normas programáticas pelos responsáveis não poderia ser outra, senão um comando de “fazer” ou “não-fazer” exarado do Poder Judiciário.

As teses defensivas que sustentam a impossibilidade da implementação de políticas públicas por ordem judicial observam dois pilares importantes do Estado Democrático de Direito: a separação dos poderes e a judicialização excessiva.

Quanto à separação dos poderes, não vemos maiores riscos. O Poder Judiciário só faz o que os outros poderes deveriam fazer e não fizeram, muitas vezes por ingerência, negligência, quando não, por improbidade.

Basta que o Poder Executivo melhor se organize administrativamente, aparelhe-se de forma mais eficiente, que não haverá ordens judiciais no sentido de que se disponibilize vaga para creche ou ensino regular.

Da mesma forma, se o Poder Legislativo, desde a Emenda Constitucional 19/1998, não elabora lei que instrumentalize o exercício da greve do servidor público, não há que esperar em relação aos reiterados pedidos feitos pelo Supremo Tribunal Federal para elaboração da lei, bem como para aplicação de norma similar para preencher a lacuna da norma programática, quando se está a punir o destinatário, que deveria ter seu direito de greve e não exerce.

Agora, o segundo apontamento – judicialização excessiva – já é um pouco mais delicado e temos que ser concordantes. Em um Estado Democrático de Direito, devemos desenvolver diversas formas de solução de conflitos, não só ver no Poder Judiciário a salvaguarda de seus direitos.

No entanto, de um modo geral, quando se analisa essas questões no cenário atual brasileiro, de uma democracia que ainda engatinha, com uma noção defectiva de sociedade civil organizada, entre outras questões hereditárias e culturais que pedem um judiciário atuante, entendemos que o Neoconstitucionalismo, reforçado pela força normativa da Constituição Federal, vem a ajudar os destinatários de direitos contidos na Carta Magna, que são, não raras vezes (e esperamos que por acaso!), normas de eficácia limitada de conteúdo programático.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=39>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

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

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 592.075-SP. Primeira Turma. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 19 de maio de 2009 Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595592>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 734.487-PR. Segunda Turma. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgado em 03 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286-RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 12 set. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410.715-SP. Segunda Turma. Relator: Celso de Mello. Julgado em 22 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 554.075-SC. Primeira Turma. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 30 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601307>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 592.937-SC. Segunda Turma. Relator: Cezar Peluso. Julgamento em 4 de março de 2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3175807/recurso-extraordinario-re-592937>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175- CE. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087079/agreg-na-suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670- ES. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 25 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/207_1.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 708-PB. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712 -PA. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 25 de outubro de 2007. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23452-RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 16 setembro 1990. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudência/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, P. *Direito Constitucional*. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015;

SILVA, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEMER, M. *Elementos de Direito Constitucional*. 22. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

A CONDENAÇÃO CRIMINAL NA PRIMEIRA INSTÂNCIA DA JUSTIÇA MILITAR E SEUS EFEITOS POLÍTICOS

THE CRIMINAL CONVICTION AT FIRST
INSTANCE OF THE MILITARY JUSTICE AND
ITS POLITICAL EFFECTS

Geraldo Kautzner Marques

Advogado

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade sublinhar a importância das comunicações à Justiça Eleitoral das decisões dos Órgãos Colegiados de Primeira Instância e das condenações criminais definitivas da Justiça Militar, à luz da Lei Complementar 135/2010 – “Lei da Ficha Limpa”, e dos Direitos Políticos.

PALAVRAS-CHAVES: Decisão colegiada. Conselhos de Justiça Militar. Inelegibilidade. Direitos políticos.

ABSTRACT: This article aims to highlight the importance of communications to the electoral court of the decisions of the collegiate organ of first instance and of abiding convictions of military justice in the light of declaratory statute 135/2010 – “Lei da Ficha Limpa”, and political rights.

KEYWORDS: Decision collegiate. Councils of military justice. Ineligibility. Political rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Condenação criminal e suspensão dos direitos políticos – 3. Decisão colegiada condenatória e inelegibilidade – 4. Conclusão – 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Eleitoral, ramo do Direito Público, disciplina os sistemas eleitorais (majoritário e proporcional) de ingresso nos mandatos eletivos; as capacidades eleitorais, ativa (*ius suffragii* – direito de votar) e passiva (*ius honorum* – direito de ser votado); os votos; e as eleições. Assim, o Direito Eleitoral, entre outras regras, vai regulamentar quem está apto a votar e ser votado. O analfabeto, v.g., ele pode alistar-se e votar facultativamente na forma do artigo 14, parágrafo 1º, II, “a”, da Constituição Federal de 1988; mas não pode ser eleito, ou seja, é considerado inelegível pelo parágrafo 4º do artigo mencionado.

A expressão “processo eleitoral” contida no artigo 16 da Constituição Federal de 1988, de acordo com voto do E. Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI 3345-DF pelo Supremo Tribunal Federal, não é um processo formal, também não é um procedimento, quanto menos uma ação tramitando na Justiça Eleitoral, mas etapas eleitorais, a saber:

(a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas, estende-se até a propaganda eleitoral respectiva; (b) fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e (c) fase pós-eleitoral, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos [...].

As condições de elegibilidade estão previstas no texto da Lei Maior, em seu artigo 14, parágrafo 3º. Estas condições são requisitos que o candidato deve

possuir¹ até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições (artigo 11, *caput*, da Lei 9.504/97, com a redação dada pela Lei 13.165/2015). Portanto, o candidato deve preencher as condições específicas para eleição a que pretende concorrer e comprovar as aptidões da capacidade eleitoral passiva em uma determinada circunscrição eleitoral. Assim sendo, as condições de elegibilidade infraconstitucionais estão previstas no artigo 11 da Lei 9.504/97 e nas Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que as regulamentam.

O militar, dos Estados, do Distrito Federal (artigo 42, da Constituição Federal/88) e das Forças Armadas (artigo 142, parágrafo 3º, da Constituição Federal), enquanto em serviço ativo não pode estar filiado a partidos políticos (art. 142, parágrafo 3º, inciso V, da Constituição Federal); porém, o militar alistável é elegível (art. 14, parágrafo 8º, da Constituição Federal) desde que se afaste da atividade, caso tenha menos de 10 (dez) anos de serviço (art. 14, parágrafo 8º, inciso I, da Constituição Federal), ou então, seja agregado pela autoridade superior, se contar com mais de 10 (dez) anos de serviço, e, neste caso, uma vez eleito, no ato da diplomação passará automaticamente para a inatividade (art. 14, parágrafo 8º, inciso II, da Constituição Federal).

Os Direitos Políticos são assim definidos por Moraes (2000, p. 220):

É o conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular, conforme preleciona o *caput* do art. 14 da Constituição Federal. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania.

Segundo o artigo 15 da Carta vigente, é vedada a cassação de direitos políticos, podendo haver a perda ou suspensão destes, nos casos ali elencados taxativamente. A perda dos direitos políticos é a privação da capacidade eleitoral

¹ BRASIL. TSE. Ac. de 3.9.2002 no REspe nº 19.945, rel. Min. Sálvio de Figueiredo. Publicado em sessão: 3.9.2002. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

ativa e passiva, por um período indeterminado. A suspensão, por sua vez, é a privação temporária dos direitos políticos, que são readquiridos, independentemente de provocação, pela cessação dos motivos que causaram a suspensão.

Caso típico de suspensão dos direitos políticos é a condenação criminal transitada em julgado enquanto durarem os seus efeitos², prevista no artigo 15, III, da Constituição Federal. O condenado, enquanto estiver cumprindo pena, permanecerá com os direitos políticos suspensos, ou seja, ele não poderá votar e ser votado.

No Código Penal Militar, em seus artigos 98, inciso VIII, e 106, a suspensão dos direitos políticos está prevista como pena acessória. Acontece que os referidos dispositivos legais foram derogados pelo artigo 15, inciso III, da Constituição Federal/88, que passou a tratar da suspensão dos direitos políticos como efeito automático da condenação criminal transitada em julgado.

2 CONDENAÇÃO CRIMINAL E SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

Havendo trânsito em julgado da sentença penal condenatória, deverá ser comunicado à Justiça Eleitoral, que fará a anotação no assentamento eleitoral do apenado, para que fique privado de seus direitos políticos e não figure na lista de votação.

Para que o condenado volte a ter seus direitos políticos restabelecidos, é necessário que os efeitos da condenação sejam encerrados definitivamente³ e haja comunicação à Justiça Eleitoral pelo Juízo da Execução Penal.

² BRASIL. TSE. Ac. de 21.9.2004 no AgRgREspe nº 22.467, rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Publicado em sessão: 21.9.2004. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

³ Súmula TSE nº 9: “A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos”. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-nb0-9>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

No que concerne aos presos provisórios⁴, não estão impedidos de exercer o direito de voto, fica, no entanto, a cargo da Justiça Eleitoral providenciar as instalações de urnas nos locais de custódia provisória.

Já se firmou na doutrina e na jurisprudência que a interpretação da expressão “condenação criminal” alcança as infrações penais (artigo 1º do Decreto-Lei n. 3.914/41), isto é, crime e contravenção penal⁵.

Ademais, a suspensão dos direitos políticos por condenação criminal se dá em crime doloso ou culposo⁶, ainda que em sede de Juizado Especial Criminal - Jecrim⁷ (Lei n. 9.099/95), e também na hipótese de substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos⁸ (artigo 44 do Código Penal).

⁴ BRASIL. TSE. Resolução nº 23.461, de 15 de dezembro de 2015: Dispõe sobre a instalação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos prisionais e em unidades de internação de adolescentes nas eleições de 2016 e dá outras providências. Publicada no DJE-TSE, nº 244, de 28.12.2015, p. 2-4. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234612015.html>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

⁵ BRASIL. TSE. Ac. de 9.10.2008 no AgR-REspe nº 30.218, rel. Min. Arnaldo Versiani. Publicado em sessão: 9.10.2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

⁶ BRASIL. TSE. Ac. de 1º.4.2003 no RMS nº 252, rel. Min. Luiz Carlos Madeira. Publicado no DJ: 16.5.2003. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

⁷ BRASIL. TRE-AP. Ac. 444 0 de 6.8.2014 no RE nº 4350, rel. Juiz Vicente Manoel Pereira Gomes. Publicado em sessão: 6.8.2014. Disponível em: <<http://www.tre-ap.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor/inteiro-teor-de-acordaos-e-resolucoes>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

⁸ BRASIL. TSE. Ac. de 13.10.2008 no AgR-REspe nº 29.939, rel. Min. Joaquim Barbosa. Publicado em sessão: 13.10.2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

No caso de aplicação de Medida de Segurança⁹ (artigo 96 do Código Penal), através de sentença absolutória imprópria, haverá a suspensão dos direitos políticos na espécie, uma vez que a referida decisão tem natureza condenatória.

Além disso, o condenado beneficiado com *sursis*¹⁰ (artigo 77 do Código Penal, artigo 84 do Código Penal Militar, e artigo 16 da Lei n. 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais), prisão-albergue domiciliar (artigo 146-B, II, da Lei n. 7.210/84 – LEP) e livramento condicional¹¹ (artigo 83 do Código Penal, e artigo 89 do Código Penal Militar) permanecerá com os direitos políticos suspensos até a extinção da pena por sentença¹².

Por outro lado, a decisão do Jecrim que homologa transação penal¹³, cumprida pelo autor do fato¹⁴; e a decisão que homologa o *sursis* processual¹⁵,

⁹ BRASIL. TSE. Res. n.º 22.193, de 11.4.2006, rel. Min. Peçanha Martins. Publicada no DJ: 9.06.2006. <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

¹⁰ BRASIL. TSE. Ac. de 31.10.2006 no RMS n.º 466, rel. Min. Caputo Bastos. Publicado no DJ: 27.11.2006. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

¹¹ BRASIL. TSE. Ac. de 16.9.2008 no AgR-REspe n.º 29.171, rel. Min. Caputo Bastos. Publicado em sessão: 16.9.2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

¹² BRASIL. TSE. Ac. de 7.10.2004 no AgRgRO n.º 817, rel. Min. Caputo Bastos. Publicado em sessão: 7.10.2004. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

¹³ BRASIL. TSE. Ac. de 02.10.2012 no REspe n.º 12602, rel. Min. Dias Toffoli. Publicado em sessão: 02.10.2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

¹⁴ BRASIL. STF. Súmula Vinculante n. 35: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSúmulaVinculante>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

¹⁵ BRASIL. TSE. Ac. de 10.9.2002 no RO n.º 546, rel. Min. Sálvio de Figueiredo. Publicado

proposto pelo Ministério Público e aceito pelo denunciado e seu Defensor, não suspendem os direitos políticos uma vez que não possuem cunho punitivo.

Da mesma forma, a sentença que aplica medida de internação (artigo 112, VI, da Lei n. 8.069/90 – ECA) à adolescente eleitor, pela prática de ato infracional grave (artigo 122 da n. Lei 8.069/90 - ECA) análogo a crime. Ainda que ocorra a prorrogação da medida imposta na ação sócioeducativa, poderá o adolescente exercer, facultativamente, o direito de votar, pois a medida de internação não tem natureza jurídica de condenação criminal (art. 2º, II, Res. TSE n. 23.461/15).

3 DECISÃO COLEGIADA CONDENATÓRIA E INELEGIBILIDADE

As inelegibilidades são restrições temporárias que atingem a capacidade eleitoral passiva do cidadão, isto é, atingem os direitos políticos apenas no *ius honorum*; o que significa dizer que o inelegível pode votar, mas não pode ser eleito.

A “Lei da Ficha Limpa” – Lei Complementar n. 135/2010, que alterou diversos dispositivos na Lei das Inelegibilidades – Lei Complementar n. 64/90, dentre eles, a alínea “e” do inciso I, do artigo 1º, que nos interessa no momento, ao elencar um rol de crimes não faz referência aos artigos das leis penais, mas aos bens jurídicos tutelados pelas normas penais.

Assim, os crimes contra o patrimônio, público e privado, mencionados na referida Lei Complementar não são somente os previstos no Código Penal, mas também os do Código Penal Militar e da legislação penal extravagante¹⁶.

em sessão: 10.9.2002. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

¹⁶ BRASIL. TSE. Ac. de 24.6.2010 no REspe nº 35366, rel. Min. Cármen Lúcia. Publicado

O espírito do legislador da lei das inelegibilidades foi moralizar o regime democrático e evitar que candidatos com vida pregressa arranhada por certas condenações criminais sejam mandatários políticos por um período determinado em Lei Complementar, conforme preceito constitucional insculpido no parágrafo 9º do artigo 14 da Magna Carta.

Aliás, isso foi bem definido com o julgamento da ADI n. 4578 e das ADCs n. 29 e 30 pelo Plenário da Excelsa Corte¹⁷, que declarou a constitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar n. 135/2010.

Com efeito, cabe à Justiça Eleitoral verificar, em cada caso concreto, a hipótese de incidência ou não das causas de inelegibilidade previstas na denominada “Lei da Ficha Limpa”.

A inelegibilidade decorrente dos crimes listados na “Lei da Ficha Limpa” tem seu termo inicial com a publicação da condenação criminal proferida por órgão colegiado, v.g., em 1º grau de jurisdição, pelo Conselho de Sentença no Tribunal do Júri¹⁸, pelos Conselhos, Permanente e Especial (BORN, 2014, p.80)¹⁹, na Justiça Militar Estadual, Distrital (parte final do parágrafo 5º do artigo 125 da Constituição Federal/88) e Federal (artigo 27, I e II, da Lei 8.457/92, c/c parágrafo único do artigo 124 da Constituição Federal/88); e, em 2º grau de jurisdição, nos acórdãos prolatados pelos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais

em sessão: 24.6.2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

¹⁷ BRASIL. TSE. Ac. de 23.9.2014 no AgR-RO nº 27434, rel. Min. Henrique Neves da Silva. Publicado em sessão: 23.9.2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

¹⁸ BRASIL. TSE. Ac. de 21.5.2013 no REspe nº 61103, rel. Min. Marco Aurélio, red. designado Min. Laurita Vaz. Publicado em sessão: 21.5.2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

¹⁹ BORN, R. C. Direito Eleitoral Militar. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014: “Desta forma, como os Conselhos Permanente e Especial são órgãos colegiados, bastará a condenação pelos crimes citados – independentemente do trânsito em julgado – para a incidência da inelegibilidade por 8 (oito) anos”.

Eleitorais e Tribunais de Justiça, quando reformarem sentenças absolutórias ou mantiverem condenações criminais dos Juízos monocráticos, e, no âmbito da Justiça Militar, quando os Tribunais de Justiça, Tribunais de Justiça Militar (SP, MG e RS) e o Superior Tribunal Militar reformarem sentenças absolutórias dos Conselhos, Permanente e Especial, e ainda, quando os Tribunais de Justiça e os Tribunais de Justiça Militar reformarem sentenças monocráticas absolutórias proferidas pelos Juízes de Direito do Juízo Militar Estadual ou Distrital, ou confirmarem as condenações criminais sentenciadas por estes órgãos singulares, nos crimes militares praticados contra civis (1ª parte do parágrafo 5º do artigo 125 da Constituição Federal/88).

Portanto, o que acarreta a inelegibilidade do acusado é a decisão colegiada, que pode ocorrer em 1ª Instância (no Tribunal do Júri²⁰, na Justiça Estadual, Distrital e Federal, ou nos Conselhos, Permanente e Especial, na Justiça Militar Estadual, Distrital e Federal), ou ainda em 2ª Instância, conforme acima exposto.

É importante salientar que no caso de roubo contra o patrimônio privado de vítima civil, *v.g.*, praticado por militar do Estado ou do Distrito Federal, o miliciano será processado e julgado pelo Juiz de Direito do Juízo Militar. Se condenado por esse órgão julgador de 1ª instância, a sentença penal condenatória não produzirá o efeito político da inelegibilidade da “Lei da Ficha Limpa”, uma vez que prolatada por juízo singular. No entanto, no mesmo exemplo, apenas trocando o agente por militar federal, este será processado e julgado pelo Conselho

²⁰ BRASIL. TSE. Ac. de 11.11.2014 no RO nº 263449, rel. Min. João Otávio de Noronha, red. designado Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Publicado em sessão: 11.11.2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016. No mesmo sentido: Ac. de 21.5.2013 no REspe nº 61103, rel. Min. Marco Aurélio. Publicado em sessão: 21.5.2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016; e Ac. de 23.10.2012 no REspe nº 15804, rel. Min. Dias Toffoli. Publicado em sessão: 23.10.2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

Permanente, se for praça, ou Especial, caso seja oficial, exceto oficial-general que possui prerrogativa de foro no Superior Tribunal Militar, na Justiça Militar da União. Se condenado em 1ª instância, ficará inelegível a partir da publicação da decisão colegiada, até o trânsito em julgado da ação penal militar, na forma da Lei Complementar n. 135/2010 – “Lei da Ficha Limpa”.

Essa inelegibilidade vai durar até o trânsito em julgado da decisão colegiada condenatória, produzindo efeito negativo na capacidade eleitoral passiva (*ius honorum*, direito de ser votado) do sentenciado, que fica, assim, inelegível. Com o trânsito em julgado da decisão criminal condenatória, o condenado, até então inelegível, passa a ficar com os direitos políticos suspensos até a extinção ou cumprimento da pena aplicada, cuja inelegibilidade se estenderá pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da extinção da sanção penal²¹.

No caso de indulto (artigo 107, II, do Código Penal, e artigo 123, II, do Código Penal Militar), forma de perdão coletivo que extingue a punibilidade do condenado, concedido, privativamente, pelo Presidente da República por meio de Decreto (artigo 84, XII, da Constituição Federal/88), acarreta a retomada dos direitos políticos do indultado, com exceção nos crimes capitulados na letra “e” do inciso I, do artigo 1º, da Lei Complementar n. 64/90, alterada pela Lei Complementar n. 135/2010, cuja inelegibilidade permanecerá por mais 8 (oito) anos após a concessão do indulto²².

²¹ BRASIL. TSE. Ac. de 9.10.2012 no AgR-REspe. nº. 15459, rel. Min. Dias Toffoli. Publicado em sessão: 9.10.2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

²² BRASIL. TSE. Ac. de 9.9.2004 no AgRgREspe nº 22.148, rel. Min. Carlos Velloso. Publicado em sessão: 9.9.2004. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016. No mesmo sentido, quanto o item 3, o Ac. de 13.10.2004 no AgRgREspe nº 23.963, rel. Min. Gilmar Mendes. Publicado em sessão: 13.10.2004. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

Idêntico raciocínio deve ser aplicado aos casos de extinção da pena pela ocorrência da prescrição da pretensão executória²³ (artigo 112 do Código Penal, e artigo 126 do Código Penal Militar), exceto quando se tratar de prescrição da pretensão punitiva pela pena aplicada²⁴ (artigo 110 do Código Penal, e artigo 125, parágrafo 1º, do Código Penal Militar), que aniquila a condenação criminal.

Assim, nos crimes relacionados pela “Lei da Ficha Limpa”, a inelegibilidade tem dois momentos:

- a) entre a decisão criminal condenatória prolatada por órgão jurisdicional colegiado e o trânsito em julgado desta condenação;
- b) do cumprimento ou extinção da pena, mais 8 (oito) anos²⁵. Aqui, Ramayana²⁶, com muita propriedade, defende a detração do primeiro momento, sob pena de *bis in idem*, já que o prazo da inelegibilidade não pode ultrapassar 8 (oito) anos.

Nos termos do parágrafo 4º do art. 1º da Lei Complementar n. 64/90, a inelegibilidade da alínea “e” deste artigo não se aplica aos crimes culposos, aos de

²³ BRASIL. TSE. Ac. de 22.10.2014 no ED-RO nº 96862, rel. Min. Luciana Lóssio. Publicado em sessão: 22.10.2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

²⁴ BRASIL. TSE. Ac. de 19.9.2013 no AgR-REspe nº 28680, rel. Min. Marco Aurélio. Publicado em sessão: 19.9.2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016. No mesmo sentido o Ac. de 25.6.2013 no AgR-REspe nº 25609, rel. Min. Marco Aurélio. Publicado em sessão: 25.6.2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

²⁵ BRASIL. TSE. Ac. de 9.10.2012 no AgR-REspe. nº. 15459, rel. Min. Dias Toffoli. Publicado em sessão: 9.10.2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

²⁶ MORAES, M. R. B. *Aulas de Direito Eleitoral* – Promotor de Justiça RJ/2015. In <https://www.iuspremium.com.br/new/cursos.php>.

menor potencial ofensivo²⁷, e aos crimes cuja ação penal é de iniciativa privada²⁸. No entanto, transitada em julgado, a condenação criminal por tais delitos acarreta a suspensão dos direitos políticos do apenado durante o cumprimento da pena.

Alguns crimes relacionados na Lei Complementar n. 64/90, artigo 1º, I, letra “e”, números 1, 2, 7 e 9, introduzidos pela Lei Complementar n. 135/2010, têm a seguinte correspondência no Código Penal Militar:

LC nº 64/90	Artigos do CPM
Contra a Fé Pública ²⁹ (1)	315 ^{30,31}
Contra a Administração Pública ³² (1)	306 ³³ , 308 ³⁴ , 328 ³⁵

²⁷ BRASIL. TSE. Ac. de 4.10.2012 no AgR-REspe. nº 10045, rel. Min. Laurita Vaz. Publicado em sessão: 4.10.2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

²⁸ BRASIL. TSE. Ac. de 29.11.2012 no AgR-Respe nº 9209, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi. Publicado em sessão: 29.11.2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

²⁹ BRASIL. TSE. Ac. de 20.6.2013 no REspe nº 3517, rel. Min. Marco Aurélio, red. designado Min. Dias Toffoli. Publicado em sessão: 20.6.2013. <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

³⁰ BRASIL. TSE. Ac. de 13.10.2004 no AgRgREspe nº 23.939, rel. Min. Peçanha Martins. Publicado em sessão: 13.10.2004. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

³¹ No CPM, os crimes de falsidade encontram-se dentro do Título VII, Dos Crimes contra a Adm. Militar.

³² BRASIL. TSE. Ac. de 13.10.2010 no AgR-RO nº 146124, rel. Min. Arnaldo Versiani. Publicado em sessão: 13.10.2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

³³ BRASIL. TSE. Ac. de 14.2.2013 no AgR-REspe. nº. 9677, rel. Min. Henrique Neves. Publicado em sessão: 14.2.2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

³⁴ BRASIL. TSE. Ac. de 14.2.2013 no AgR-REspe. nº. 14823, rel. Min. Henrique Neves. Publicado em sessão: 14.2.2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

³⁵ BRASIL. TSE. Ac. de 13.10.2010 no AgR-RO nº 146124, rel. Min. Arnaldo Versiani.

Contra o Patrimônio Público ³⁶ (1) e Privado ³⁷ (2)	268 - Embora o delito de incêncio esteja inserido no Título VIII - dos Crimes Contra a Incolumidade Pública - do Código Penal, a circunstância de ter sido cometido no fórum da cidade, isto é, em edifício público, o inclui entre os crimes contra o patrimônio público a que faz referência o art. 1º, I, e, da Lei Complementar nº 64/90. ³⁸
Tráfico de Entorpecentes (7)	290 e seus parágrafos ³⁹
Contra a Vida (9)	205 ⁴⁰

Publicado em sessão: 13.10.2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

³⁶ BRASIL. TSE. Ac. de 24.6.2010 no REspe nº 35366, rel. Min. Cármen Lúcia. Publicado em sessão: 24.6.2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

³⁷ BRASIL. TSE. Ac. de 27.9.2012 no AgR-REspe nº 20942, rel. Min. Arnaldo Versiani. Publicado em sessão: 27.9.2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

³⁸ BRASIL. TSE. Ac. de 12.11.2008 no AgR-REspe nº 30.252, rel. Min. Arnaldo Versiani. Publicado em sessão: 12.11.2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

³⁹ BRASIL. TSE. Ac. de 23.9.2014 no AgR-RO nº 27434, rel. Min. Henrique Neves da Silva. Publicado em sessão: 23.9.2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

⁴⁰ BRASIL. TSE. Ac. de 21.5.2013 no REspe nº 61103, rel. Min. Marco Aurélio, red. designado Min. Laurita Vaz. Publicado em sessão: 21.5.2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

Contudo, na forma do parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição Federal/88, não é suficiente para atrair a inelegibilidade da Lei Complementar n. 64/90, artigo 1º, I, letra “e”, números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9, que a condenação criminal tenha apenas violado os bens jurídicos especificados no diploma legal, pois, o citado dispositivo constitucional exige mais do que isso, ou seja, mister que a infração penal censurada pela decisão colegiada viole, efetivamente, no caso concreto, os princípios da moralidade e probidade administrativa⁴¹, que tutelam a forma republicana de governo e a democracia no Brasil. Assim sendo, as condenações colegiadas prolatadas pelos Conselhos, Permanente e Especial, na Justiça Militar, pelos delitos previstos nos artigos 298, 299⁴² 300⁴³ do Código Penal Militar, não acarretarão inelegibilidade para o sentenciado, conforme jurisprudência do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral.

4 CONCLUSÃO

Prolatada decisão condenatória pelos Conselhos, Permanente e Especial, na Justiça Militar, e tratando-se de crimes cujos bens jurídicos estejam relacionados na “Lei da Ficha Limpa”, a Justiça Castrense, por imposição republicana e democrática, deve comunicar à Justiça Eleitoral a condenação proferida pelo órgão colegiado de 1º grau, ainda que pendente de trânsito em julgado, para que seja

⁴¹ BRASIL. TSE. Ac. de 24.9.2002 no RO nº 540, rel. Min. Fernando Neves. Publicado em sessão: 25.9.2002. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

⁴² BRASIL. TSE. Ac. de 16.10.2008 no AgR-RO nº 1.958, rel. Min. Eliana Calmon. Publicado em sessão: 16.10.2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

⁴³ BRASIL. TSE. Ac. de 13.10.2008 no AgR-REspe nº 30.551, rel. Min. Joaquim Barbosa. Publicado em sessão: 13.10.2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

anotada no cadastro eleitoral do sentenciado a incidência da inelegibilidade do artigo 1º, I, “e”, da Lei Complementar n. 64/90.

Ocorrendo o trânsito em julgado da sentença penal condenatória na Justiça Militar, esta deverá informar à Justiça Eleitoral⁴⁴, que anotará no assentamento eleitoral do apenado a suspensão de seus direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação e, se for o caso, a inelegibilidade por 8 (oito) anos, nos crimes relacionados pela “Lei da Ficha Limpa”, que terá início após a extinção da pena aplicada.

Nos casos de crimes previstos na “Lei da Ficha Limpa”, ocorrida a absolvição em grau de recurso, e transitado em julgado o acórdão do tribunal que reformou sentença colegiada de 1º grau, a Justiça Militar também deverá comunicar tal ocorrência à Justiça Eleitoral, para excluir do cadastro eleitoral do absolvido a inelegibilidade ocasionada pela decisão colegiada condenatória recorrível.

5 REFERÊNCIAS

BORN, R. C. *Direito Eleitoral Militar*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. Governo Federal. *Portal da Legislação*. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

⁴⁴ FORMULÁRIO DE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO: http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/images/pdf/formulario_condenacao_criminal.pdf. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/index.php?option=com_content&view=article&id=652:download&catid=47:corregedoria-das-comarcas-do-interior&Itemid=448>. Acesso em: 4 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Coletânea de Jurisprudência do TSE*. Organizada por assunto: Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Pesquisa Simultânea de Jurisprudência dos Tribunais Eleitorais*: Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Amapá. *Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.tre-ap.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado Bahia. *Corregedorias*. Download. Formulário de condenação criminal transitada em julgado. Disponível em: <<http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

MORAES, A. *Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, M. R. B. *Aulas de Direito Eleitoral – Promotor de Justiça RJ/2015*: Disponível em: < <https://www.iuspremium.com.br/new/cursos.php>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR: UMA NECESSIDADE PREMENTE

THE INSTITUTIONALIZATION OF THE
MILITARY JUDICIAL POLICE: AN URGENT
NEED

Luciano Moreira Gorrilhas

Procurador de Justiça Militar

Cláudio Amin Miguel

Juiz-Auditor Substituto da Justiça Militar da União

Marcio Renato Alves Barbosa

Major do Exército Brasileiro

RESUMO: Os militares das Forças Armadas, além das funções delineadas na Constituição Federal, exercem atividades investigativas inerentes à Polícia Judiciária Militar. Nesse sentido, por existirem profundas diferenças técnicas e estruturais entre as investigações realizadas por militares das Forças Armadas e as implementadas pelas Polícias Judiciárias dos Estados e pela Polícia Judiciária Federal, a condução do Inquérito Policial Militar deve ser exercida com mais cautela e dinamismo, a fim de se evitar que falhas cometidas durante o procedimento investigativo possam prejudicar o resultado final da investigação que será destinada ao Ministério Público Militar. Dessa forma, a Marinha,

o Exército e a Aeronáutica devem aprimorar e fortalecer suas ferramentas investigativas e periciais com vistas à identificação de autoria e materialidade dos crimes militares. A institucionalização da Polícia Judiciária Militar pode trazer vantagens e benefícios para a Justiça Militar e para toda a sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: Forças Armadas. Polícia Judiciária Militar. Institucionalização.

ABSTRACT: The military, in addition to the functions outlined in the Federal Constitution, have investigative activities related to the military judicial police. There are deep technical and structural differences between the investigations carried out by the military and the investigations performed by the members of the State Judicial Police. Due to this circumstance, the manage of the military inquiry must be conducted with caution and dynamism in order to avoid mistakes which could harm the final result of the investigation addressed to the Military Prosecutor Office. Therefore, the Navy, the Army and the Air Force must improve its investigative and forensic tools in order to collect evidence and to identify criminal responsibility related to military crimes. The military judicial police can bring advantages and benefits to the military justice system and the whole society.

KEYWORDS: Armed Forces. Military Judicial Police. Institutionalization.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Diagnóstico da Polícia Judiciária Militar brasileira – 3. A experiência bem-sucedida das delegacias de Polícia Judiciária Militar – 4. Vantagens da institucionalização da Polícia Judiciária Militar – 5. Iniciativas para a institucionalização da Polícia Judiciária Militar – 6. Uma visão de futuro. – 7. Conclusões – 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Investigar condutas criminosas, ministrando elementos necessários à propositura da ação penal, é também uma função atribuída por lei aos oficiais das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Bombeiros Militares.

A Polícia Judiciária Militar foi instituída em 1895 por regulamento do Supremo Tribunal Militar com o nome de Conselho de Investigação¹ e, passados mais de cento e vinte anos, inexistente, no âmbito das Forças Armadas, um órgão destinado a profissionalizar militares para conduzir Inquéritos Policiais Militares (IPM), bem como as demais demandas inerentes à investigação criminal. A atuação do Encarregado do IPM, oficial designado para conduzir a investigação de um crime militar, é, na maioria das vezes, desprovida de orientação e coordenação jurídicas.

A problemática da institucionalização da polícia judiciária militar pode ser sintetizada no desafio de conciliar a aspiração social por decisões céleres e justas da Justiça Militar com investigações criminais que, em regra, ainda são conduzidas de forma descentralizada, por militares sem qualificação técnica para o exercício da atividade.

O Ministério Público Militar (MPM), destinatário das investigações criminais militares, está atento a esta relevante temática. No ano de 2015, foi realizada na Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Brasília – DF, uma atividade acadêmica da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) denominada “A institucionalização da Polícia Judiciária Militar”, na qual participaram membros do Ministério Público Militar, oficiais das Forças Armadas e da Polícia Militar do Estado de São Paulo e integrantes da Polícia Judiciária Militar de Portugal e do Uruguai.

¹ Regulamento Processual Criminal Militar do Supremo Tribunal Militar publicado no DOU em 18/07/1895, p. 5, seção 1.

No aludido evento foram abordados tópicos que contribuiram para a avaliação do cenário atual da Polícia Judiciária Militar no Brasil e indicaram caminhos para o aprimoramento da profissionalização e capacitação.

A atualidade e a importância do tema também se revelam no plano internacional. A Organização das Nações Unidas (ONU) tem exigido o desdobramento de oficiais com capacidades investigativas certificadas pelos Estados-Membros que cedem contingentes militares para as missões de paz, sobretudo no que tange à qualificação para investigar crimes de exploração e abuso sexuais. Esta exigência internacional ratifica a necessidade de avanços na profissionalização da polícia judiciária militar nacional.

O presente artigo pretende fomentar uma reflexão com foco nas seguintes questões: Como está estruturada a atividade de polícia judiciária militar? Onde podemos avançar?

Inicialmente, será delineado um diagnóstico da atividade de Polícia Judiciária Militar brasileira e serão apresentados os resultados de pesquisas de campo realizadas.

Em um segundo momento, será comentada a experiência exitosa das Delegacias de Polícia Judiciária Militar, implementadas para acompanhar a tropa em atuação nas ações de garantia da lei e da ordem em comunidades cariocas e nos grandes eventos que vêm ocorrendo na cidade do Rio de Janeiro.

Posteriormente serão debatidas as vantagens da institucionalização desta atividade e conhecidas as iniciativas embrionárias já existentes no seio das Forças Armadas. Por fim, uma visão de futuro sobre a institucionalização da atividade de polícia judiciária militar será apresentada.

2 DIAGNÓSTICO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR BRASILEIRA

Nos últimos anos, houve considerável ingresso de profissionais formados em Direito nas Forças Armadas, o que ensejou a criação de quadros técnicos, deflagrando, de forma tímida, o início da profissionalização das funções de polícia judiciária militar.

Não obstante este cenário, verifica-se que considerável parte destes profissionais são direcionados para atuarem em demandas cíveis que envolvem as Forças Armadas, gera-se, assim, uma lacuna no acompanhamento e assessoramento, de forma mais efetiva, aos Encarregados de IPM.

Com efeito, para uma eficaz apuração dos crimes militares, o profissional de Direito deve possuir conhecimentos especializados na área criminal, a fim de suprir as dúvidas levantadas pelos Encarregados de IPM no curso das investigações. Este dado não passou despercebido por Duarte e Carvalho (2015, p. 34), para quem apenas o conhecimento jurídico não é suficiente para uma boa investigação:

Forçoso reconhecer que, para o exercício eficiente da atividade de polícia investigativa, não basta apenas formação jurídica, sendo indispensável o conhecimento das boas técnicas de investigação, as quais exigem capacitação contínua, com a realização de cursos e submissão a treinamentos específicos.

De fato, o Código de Processo Penal Militar não indica parâmetros para o Encarregado de IPM conduzir uma investigação. Desse modo, é de se inquirir: Quais oitivas a realizar? O que se deve perguntar aos envolvidos para que se construam resultados efetivos? Qual o momento certo para representar por um pedido de busca e apreensão? Qual o momento oportuno para solicitar a quebra do sigilo telefônico ou bancário de uma pessoa? Como processar uma

vigilância de um envolvido em uma ação delituosa? Como realizar uma quesitação pertinente aos peritos criminais?

Para responder tais questionamentos, são necessários profissionais especializados e estruturas compatíveis para combater os delitos cometidos na Era da Informação. Tal problemática foi visualizada por Gorrilhas e Aguiar Brito (2016, p.28), conforme abaixo:

Outro fator relevante que dificulta sobremaneira o atuar da PJM no âmbito federal consiste na ausência de sua institucionalização, com a criação de núcleos de especialização e formação de investigadores, peritos e escrivães em cada um dos ramos das Forças Armadas.

Estabelece a Constituição Federal (CF), no art. 144, § 4º, que os delegados de Polícia Civil são os detentores do poder de polícia judiciária e são os responsáveis pela apuração de infrações penais, exceto as militares, em nossa sociedade. Em nível federal, os delegados de Polícia Federal estão incumbidos de apurar as infrações penais cometidas em detrimento da União.

Sucedem que os aludidos profissionais graduados em Direito, além de trabalharem diuturnamente na elucidação de crimes, possuem uma estrutura à sua disposição para a apuração de delitos.

Releva destacar que os Delegados de Polícia Civil e os Delegados da Polícia Federal são assessorados por agentes investigadores e contam com institutos de criminalística para a realização de exames forenses.

Não obstante o aparato que dispõem os Delegados de Polícia, o número exponencial de ocorrências faz com que não seja possível a apuração eficiente de grande parte dos crimes cometidos em nossa sociedade.

De fato, conforme nota do jornal “O Globo”, de 29/04/2014², “a maioria dos crimes no Brasil não chega a ser solucionada pela Polícia. De cada 100 crimes pelo país, mais de 90 nunca foram descobertos. E, assim, somente uma faixa de 5 a 8 % dos assassinos são punidos”.

Por outro lado, embora a prática de crimes militares seja numericamente inferior aos delitos de natureza comum, a falta de conhecimento jurídico e a ausência de técnicas de investigação por parte dos militares encarregados de IPM representam, em certa medida, obstáculos a serem superados na apuração de infrações penais militares.

Outro dado a ser ressaltado é que a designação de um militar para o exercício das funções de encarregado de Inquérito representa, na maioria das vezes, uma sobrecarga para o oficial, uma vez que, em regra, não é afastado das suas atividades rotineiras, situação que, conseqüentemente, pode resultar em investigações açodadas e inconsistentes. Não se pode olvidar ainda, que os Encarregados de IPM desconhecem legislações e procedimentos básicos para a condução do Inquérito.

Pesquisa realizada com membros do Ministério Público Militar (MPM) lotados nas Procuradorias da Justiça Militar no Rio de Janeiro³ constatou que mais de 50% dos Inquéritos Policiais Militares conduzidos pelo Exército Brasileiro não fornecem elementos suficientes para imediata manifestação da *opinio delict* do *Parquet* Militar.

² MENEZES, C.; LEUTZ, D. Maioria dos crimes no Brasil não chega a ser solucionada pela polícia. *Jornal da Globo*, Rio de Janeiro, 29 abril 2014. Disponível em < <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html> > Acesso em: 20 jul. 2016.

³ Pesquisa realizada pelos autores, por meio de questionário eletrônico de preenchimento não identificável (formulários Google), no período de 20 a 30 de maio de 2016. Dos membros lotados nas Procuradorias da Justiça Militar no Rio de Janeiro, 11 (onze) responderam ao questionário.

A aludida tramitação de Inquéritos Policiais Militares entre o Ministério Público Militar e a Polícia Judiciária Militar poderia, em muitos casos, ser evitada, pois isso contribuiria para a celeridade do deslinde da questão.

Outro enfoque a ser ressaltado diz respeito à Perícia Criminal. É importante destacar que esta atividade deve ser executada por profissionais capacitados, uma vez que, se não obedecer aos preceitos constitucionais, poderá anular todo o processo, conforme magistério de Duarte (2008, p. 52):

A prova pericial, de igual maneira, tem de ser produzida com respeito aos parâmetros constitucionais, pena de ser tisonada pela eiva da nulidade, gerando consequências desastrosas e irremediáveis para o processo. As provas obtidas de forma ilícita ocasionam nulidade absoluta e contaminam as que delas derivarem.

Releva também destacar, no tocante à perícia, a preservação da cadeia de custódia da prova. Sobre o tema, Gorrihas e Aguiar Brito (2016, pág. 51) anotaram:

Entendemos indispensável assegurar a integridade dos elementos probatórios, a fim de que eles não se percam, não se desnaturem ou não sofram interferências capazes de alterar o resultado da investigação.

O Superior Tribunal de Justiça sobre a quebra da cadeia de custódia da prova assinalou:

Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório constitucionalmente garantidos, ausência da salvaguarda da integridade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas. (HC 160.662-RJ-2010)⁴

Em relação ao perito criminal militar, destaca-se inicialmente o dispositivo legal previsto no Código de Processo Penal Militar, que ampara a execução da atividade nas Forças Armadas: “Art. 48. Os peritos ou intérpretes serão nomeados de preferência dentre oficiais da ativa, atendida a especialidade” (g.n.).

⁴ Conferir site do STJ https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?omponte=ITA&sequencial=1297583&num_registro=201000153608&data=20140317&formato=PDF. Acesso em: 20 jul. 2016.

A expressão “de preferência” contida no artigo citado transformou a exceção em regra, ou seja, a atividade pericial é desempenhada quase que exclusivamente por graduados no âmbito das Forças Armadas. Não obstante haja oficiais, no âmbito do Exército, qualificados para o desempenho de tal mister⁵, estes acabam não sendo empregados na elaboração de perícias, porque, em regra, assumem funções de chefia e são frequentemente movimentados em decorrência da carreira.

O Código de Processo Penal (CPP), diferentemente do Código de Processo Penal Militar (CPPM), exige diploma de curso superior para o exercício da função de perito:

Art.159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.(grifo nosso)

§ 1o Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. (grifo nosso)

Dessa forma, a legislação processual penal militar legitima a perícia criminal realizada por uma praça sem formação acadêmica superior.

Há de se observar, contudo, os impedimentos legais para o exercício de perícia na seara do direito processual penal militar. Nesse sentido, o CPPM, no art. 52, elenca as hipóteses impeditivas para a nomeação de peritos militares, a saber:

Art. 52. Não poderão ser peritos ou intérpretes:
a) os que estiverem sujeitos a interdição que os inabilite para o exercício de função pública;
b) os que tiverem prestado depoimento no processo ou opinado anteriormente sobre o objeto da perícia;
c) os que não tiverem habilitação ou idoneidade para o seu desempenho;
d) os menores de vinte e um anos.

⁵ Conforme registros do Curso de Perícia e Investigação Criminal Militar (CPICM), realizado, desde 2011, na Escola de Instrução Especializada do Exército, no Rio de Janeiro, atualmente há aproximadamente 60 oficiais do Exército formados.

É oportuno salientar que somente o Exército e a Marinha possuem repartições voltadas para a realização de exames periciais. A Aeronáutica não realiza exames em locais de crime, desta forma, é obrigada a solicitar a realização de exames periciais por outras instituições.

Averbe-se que, mesmo nas Forças (Exército e Marinha), que dispõem de serviço de perícia, há problemas estruturais. Vale observar que pesquisa realizada com militares do Exército que concluíram o Curso de Perícia e Investigação Criminal Militar (CPICM)⁶, realizado na Escola de Instrução Especializada do Exército, no Rio de Janeiro, único curso existente nas Forças Armadas com viés para a área investigativa militar, demonstrou que 75% dos peritos do Exército trabalham com carências acentuadas de materiais, o que pode prejudicar a realização e os resultados dos exames.

Em outra perspectiva, resultou apurado que a grande maioria dos militares do Exército que realizaram o curso de perícia do CPICM com êxito não foram aproveitados na função de perito em Inquéritos Policiais Militares⁷.

No que se refere ao tempo de permanência do militar do Exército na atividade pericial, é possível aferir uma significativa taxa de evasão de profissionais especializados, em razão, principalmente, das transferências às quais estão sujeitos os militares no decorrer de sua carreira⁸.

⁶ Pesquisa de campo realizada pelo Major do EB Marcio Renato Alves Barbosa no período de 20 a 30 de maio de 2016. O formulário foi enviado para 77 militares que concluíram Curso de Perícia e Investigação Criminal Militar (CPICM), realizado na Escola de Instrução Especializada do Exército, no Rio de Janeiro, de 2011 a 2015. 40 militares responderam ao formulário.

⁷ Conclusões obtidas da mesma pesquisa de campo referida na nota de rodapé n. 6.

⁸ Pesquisa realizada pelo Major do EB Marcio Renato Alves Barbosa no endereço eletrônico da Diretoria de Controle de Efetivos e Movimentações: <http://portal.dgp.eb.mil.br> Acesso: 20 jan. 2016.

Em relação a esse aspecto é importante ressaltar que somente a prática prolongada de militares especializados em exames forenses propiciará a *expertise* necessária neste ramo do conhecimento.

No caso do Exército, por exemplo, única Força dotada de curso de formação de peritos, as perícias são realizadas nas Organizações Militares da Polícia do Exército (OMPE). Ocorre que, ao ser transferido para outro quartel, o militar especializado passa a não mais aplicar seus conhecimentos científicos, os quais, com o passar do tempo, vão-se desatualizando.

Ainda no tocante à atividade pericial, consigne-se que, em pesquisa realizada com membros do Ministério Público Militar lotados no Rio de Janeiro, acerca da qualidade dos laudos periciais produzidos por peritos militares, foi possível inferir que a atividade pericial militar carece de aprimoramentos técnicos e estruturais⁹.

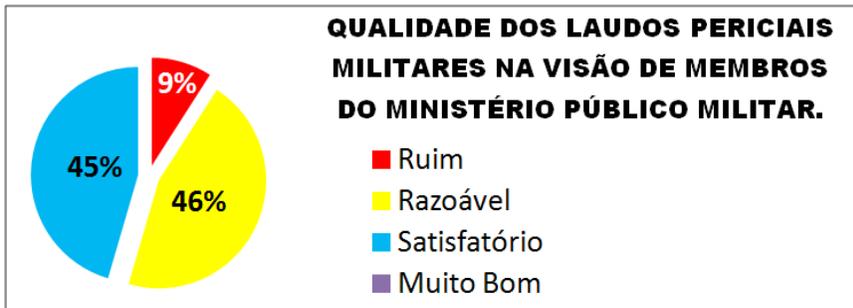


ILUSTRAÇÃO 1: Qualidade dos laudos periciais militares na visão do MPM/RJ

Fonte: Os autores.

Assim sendo, constata-se a necessidade de avançar na implementação de estruturas que viabilizem a institucionalização da polícia judiciária militar no âmbito das Forças Armadas, o que implicará também no aprimoramento das

⁹ Conclusões obtidas da mesma pesquisa referida na nota de rodapé n. 3.

atividades periciais. Nesse contexto, são muitos os desafios a serem enfrentados pela Polícia Judiciária Militar.

Pontue-se que uma polícia judiciária militar ineficiente contribui para o desprestígio de todos os órgãos que compõem o sistema criminal militar, vale dizer, Defensoria Pública da União, Ministério Público Militar e Justiça Militar da União. Com efeito, a polícia judiciária militar é o primeiro órgão destinado a apurar autoria e materialidade de crime militar e, nessa vereda, a inabilidade policial em descortinar a autoria de crime repercute, de forma negativa, para a credibilidade destas instituições perante a sociedade. Assim, torna-se imprescindível criar melhores condições para a profissionalização da PJM, consistentes na criação de estruturas eficazes para o assessoramento e a condução de investigações criminais, o que inclui um aperfeiçoamento significativo dos recursos humanos focados nesta atividade.

As questões relativas à preservação do local de crime devem receber especial atenção das autoridades militares. A incorreta preservação de uma cena de crime compromete a prática pericial e, conseqüentemente, a apuração dos fatos.

Investimentos tecnológicos também se colocam como um desafio, principalmente em um contexto de recursos financeiros escassos.

3 A EXPERIÊNCIA BEM-SUCEDIDA DAS DELEGACIAS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR

Conforme comentado alhures, as Forças Armadas apresentam deficiências nas áreas periciais e investigativas, notadamente por não ser a atividade-fim destas instituições. A falta de uma estrutura permanente para a Polícia Judiciária Militar é observada por Duarte e Carvalho (2015, p. 15):

Numa primeira abordagem, observa-se que a estrutura de polícia judiciária delineada no CPPM até poderia ter alcance satisfatório, mas dependeria sobretudo de ter uma estrutura técnica e profissional, nos moldes de uma Polícia Federal. Da forma como se encontra, o que se observa é um modelo sem uma organização fixa, desprovido de uma direção e sem qualquer planejamento. Em tal cenário, não há objetivos traçados e nem rumos a serem perseguidos, como, por exemplo, um desejável aprimoramento ou domínio das técnicas investigativas contemporâneas.

Neste panorama, de forma embrionária e temporária, as Forças Armadas, por ocasião de grandes eventos no Estado do Rio de Janeiro, instituíram Delegacias de Polícia Judiciária Militar (DPJM) com militares qualificados para atuar da investigação de crimes militares.

Segundo Neves (2012, p. 3) primeira experiência ocorreu na operação “Cimento Social”, em 2007, e, posteriormente, foram criadas Delegacias de Polícia Judiciária Militar nas operações de Garantia da Lei e da Ordem no Complexo do Alemão, no Complexo da Maré, na Copa do Mundo e, por fim, nos Jogos Olímpicos e Paralímpicos, respectivamente nos anos de 2011, 2013, 2014 e 2016.

Assim, nos referidos eventos, houve um suporte jurídico exitoso e uma pronta resposta aos militares que participaram das aludidas operações, notadamente nas prisões em flagrante e nas operações de busca e apreensão.

Neves (2012, p. 4) ressalta, ainda, que foram diversas as contribuições da DPJM para a tropa empregada nos eventos acima referidos, dentre as quais vale destacar as seguintes:

- a) execução de investigações policiais imparciais, pois os oficiais que atuaram como Delegados de Polícia Judiciária não pertenciam aos quartéis dos militares investigados;
- b) emprego dos Peritos Criminais Militares em conjunto com os Delegados de Polícia Judiciária Militar;

c) mais eficiência na resposta penal, uma vez que a atividade de polícia judiciária exigia qualificação técnica especializada.

Para fins de conhecimento e verificação da importância do tema, conforme Miranda (2012, p. 14), na Operação Arcanjo, desenvolvida nos complexos da Penha e do Alemão, no Rio de Janeiro, 128 processos de prisão em flagrante tinham sido enviados à Justiça Militar até maio de 2012, dos quais 112 (87,5%) “foram transformados em ações penais militares, que tramitaram nas Auditorias Militares localizadas no Rio de Janeiro”.

A implementação das DPJM nos grandes eventos nos quais as Forças Armadas são empregadas dentro do território nacional se revelou imprescindível. Atualmente, já não se mobiliza força militar federal sem dispor dos serviços das Delegacias de Polícia Judiciária Militar.

4

VANTAGENS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR

Com a implementação de uma delegacia permanente de polícia judiciária militar poderia ser disponibilizada uma seção de assessoramento técnico na área investigativa e pericial, além das seguintes vantagens abaixo elencadas:

- a) acompanhamento, desde o momento de sua instauração, dos Inquéritos Policiais Militares nas Organizações Militares subordinadas, ou vinculadas, às maiores autoridades militares regionais;
- b) prestação de apoio técnico à investigação, analisando em parceria com o Encarregado do IPM, quais as oitivas fundamentais para a elucidação do caso em apuração, quais as técnicas de entrevistas apropriadas para cada testemunha e quais os procedimentos jurídicos a serem tomados oportunamente em cada caso;

- c) auxílio efetivo aos presidentes de Auto de Prisão em Flagrante Delito, a fim de se evitarem falhas nos procedimentos jurídicos em cada caso concreto;
- d) contato aproximado com as Auditorias da Justiça Militar, Ministério Público Militar e Defensoria Pública da União a fim de se dirimirem dúvidas e se intermediarem autorizações judiciais;
- e) execução, por intermédio de uma eventual Subseção de Criminalística da DPJM, de exames periciais necessários para a elucidação de crimes;
- f) suporte técnico aos Encarregados de IPM com profissionais especializados (investigadores) nos casos de apuração mais complexas.
- g) condução de medidas sumárias para verificação de fatos apontados por meio de denúncias anônimas, que se assemelham às Verificações Preliminares de Informações (VPI), conduzidas nas Delegacias de Polícia Cíveis, a fim de se apurarem denúncias contra militares que apresentam indícios de participação em alguma prática criminal.
- h) estabelecimento de vínculos de cooperação com Delegacias e Institutos de Criminalística do meio civil a fim de facilitar a obtenção de dados e a realização de exames periciais que, porventura, não possam ser executados pelas Forças Armadas;
- i) atuação em Operações Militares de garantia da lei e da ordem, evitando-se o emprego de equipes despreparadas e inexperientes na atividade de polícia judiciária militar.

Ressalta-se que não caberia à DPJM realizar todos os Inquéritos Policiais Militares e sim, como visto, assessorar, de maneira eficaz, as investigações. Com efeito, o Delegado de Polícia Judiciária Militar realizaria, somente, os inquéritos mais complexos ou medidas sumárias para verificação de fatos apontados por meio de denúncias anônimas. A DPJM, como estrutura permanente, permitiria que todas as Organizações Militares das Forças Armadas fossem apoiadas nos assuntos ligados à Investigação Criminal.

Ademais, a DPJM poderia ter, como uma de suas atribuições, a tarefa de buscar o contato aproximado com o Encarregado do IPM, a fim de prestar-lhe o apoio devido.

Em pesquisa realizada no âmbito do Exército¹⁰, pode-se aferir pelo gráfico abaixo que poucos Encarregados de IPM solicitam o apoio de investigadores, embora os alunos do Curso de Perícia e Investigação Criminal Militar (CPICM) tenham capacidade para este tipo de tarefa.



ILUSTRAÇÃO 2: Percentuais de ex-alunos do CPICM que já foram empregados em apoio investigativo aos Encarregados de IPM.

Fonte: Os Autores

Nessa nova sistemática, seria fundamental uma maior integração entre os Delegados de Polícia Judiciária e os peritos criminais militares, pelas seguintes razões:

- a) as solicitações de exames periciais dariam entrada pela DPJM o que permitiria que o Delegado Titular tivesse conhecimento imediato da ocorrência e, desta forma, pudesse iniciar o processo de assessoramento

¹⁰ Conclusões obtidas da mesma pesquisa de campo referida na nota de rodapé n. 6.

- ao Comandante da Organização Militar e ao Encarregado de Inquérito;
- b) impedir a possibilidade de interferências externas no trabalho pericial.

Em relação a este último aspecto, são pertinentes os comentários realizados por Gorrilhas (2016, p. 127) acerca da autonomia dos peritos criminais militares:

Embora cediço que no ambiente da caserna vigora uma doutrina pautada na hierarquia entre os militares, é necessário que, em relação ao perito militar, haja total autonomia técnica, científica e funcional.

Para implementar a DPJM, é desejável a estruturação de um Curso de Delegado de Polícia Judiciária Militar destinado a oficiais intermediários, preferencialmente, bacharéis em Direito. Seria interessante e proveitoso que tais militares, após a conclusão do curso, desempenhassem a função por, no mínimo, 5 (cinco) anos consecutivos. Assim como os Peritos/ Investigadores, os Delegados, neste período considerado, só poderiam ser transferidos de uma DPJM para outra DPJM. Tal medida não restringiria a possibilidade de transferências e possibilitaria que tais profissionais ganhassem *expertise* na atividade de PJM.

5 INICIATIVAS PARA A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR

No Exército e na Marinha já foram implementadas algumas iniciativas embrionárias de institucionalização da atividade de polícia judiciária militar.

No âmbito do Exército, no ano de 2005, a centralização do serviço de perito criminal na Chefia de Polícia da 1ª Divisão de Exército (1ª DE)¹¹, localizada

¹¹ A Chefia de Polícia da 1ª DE tem como atribuições coordenar a segurança orgânica da

no Rio de Janeiro, foi o que mais se assemelhou a um embrião de institucionalização da polícia judiciária militar. Os militares habilitados para atuarem como peritos estavam distribuídos pelas unidades da Vila Militar e, muitas vezes, demoravam em demasia para atender as ocorrências¹².

Naquela época, havia uma preocupação, por parte da Administração Militar, no sentido de que fosse observada a preservação do local do crime. A partir do momento que um pequeno número de peritos passou a integrar a Chefia de Polícia, os resultados foram positivos e rápidos.

A par disso, os laudos periciais passaram a ter uma melhor qualidade tanto em apresentação, quanto em conteúdo¹³. Os militares especializados puderam aprofundar conhecimentos participando de palestras e congressos inerentes a área pericial.

Os bons resultados motivaram a criação, no mesmo ano de 2005, de uma Subseção de Criminalística da Chefia de Polícia da 1ª DE, o que representou uma inovação na sistemática do serviço pericial. Em virtude do sucesso verificado pela análise de indicadores de desempenho, esta estrutura permanece em funcionamento nos dias atuais e permite que um número reduzido de militares consiga atender à demanda existente.

Vila Militar, principalmente as áreas liberadas ao público.

¹² Informações compiladas a partir da vivência de um dos autores, Major do EB Marcio Renato Alves Barbosa, que era o Chefe de Polícia da 1ª Divisão de Exército quando foi implementada a Seção de Perícias da 1ª DE.

¹³ Percepção dos autores baseada nas suas vivências profissionais. Em especial, um dos autores, o Major do EB Marcio Renato Alves Barbosa, que era o Chefe de Polícia da 1ª Divisão de Exército, avaliou os seguintes indicadores de desempenho para embasar esta conclusão: compra de materiais específicos da atividade forense; aumento percentual no número de perícias realizadas; diminuição no tempo de atendimento das ocorrências; número de peritos que participaram de palestras e congressos de atualização.

Da mesma forma, a Marinha do Brasil (MB) deu um grande passo para o aprimoramento da atividade pericial e investigativa na Força Naval. A Norma Nº 315 da Diretoria Geral de Pessoal da Marinha (DGPM-315), de 13 de janeiro de 2011, determinou a instauração de Núcleos de Polícia Judiciária Militar, atrelados aos Comandos dos Distritos Navais.

Tal iniciativa visava atingir os seguintes objetivos, dentre outros:

Com o propósito de reduzir a dependência da Marinha em relação aos órgãos de investigação externos e, com isso, instrumentalizar e tornar mais ágil e eficiente os procedimentos para a apuração dos crimes militares, cada Comando de Distrito Naval deverá implementar a criação de um Núcleo de Polícia Judiciária Militar. (N-PJM).

A criação do N-PJM não implica em qualquer inibição ao exercício do poder de polícia judiciária por parte dos titulares de OM, os quais continuarão a exercê-lo em toda a sua plenitude, consoante o disposto nas alíneas g e h do art. 7º do CPPM, competindo-lhes as atribuições previstas no art. 8º do mesmo dispositivo legal. O emprego do N-PJM é voltado para a provisão de respaldo técnico, principalmente pericial, ao exercício do poder de polícia judiciária. (DGPM315, Cap 6.3).

Atualmente, a Marinha do Brasil necessita estruturar cursos de especialização para os militares que desempenham as atividades de PJM, porém, os avanços alcançados com a implantação dos N-PJM já mostram resultados promissores.

Existe a previsão de um Núcleo de Polícia Judiciária Militar (N-PJM) por Comando de Distrito Naval, o que proporcionará segurança para toda a Marinha do Brasil nos assuntos que envolvem a Justiça Militar da União em todo o território brasileiro.

A pesquisa de opinião realizada com Membros do MPM lotados no Rio de Janeiro comprova que ocorreram aperfeiçoamentos nos Inquéritos da Força Naval em decorrência da implantação do N-PJM (neste caso, o N-PJM do 1º Distrito Naval¹⁴).

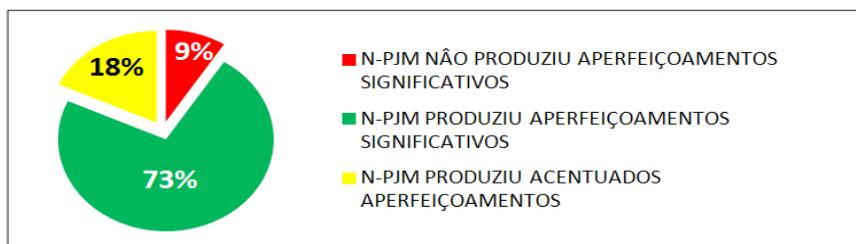


ILUSTRAÇÃO 3: Desempenho do N-PJM do 1º Distrito Naval.

Fonte: Os Autores

Ainda nos dias de hoje, não foram deflagradas iniciativas para a institucionalização da polícia judiciária militar no âmbito da Aeronáutica.

6 UMA VISÃO DE FUTURO

Uma visão de futuro desejável para a Polícia Judiciária Militar seria aquela que permitisse que cada Força Armada tivesse condições estruturais para implementar Delegacias de Polícia Judiciária Militar dotadas de profissionais especializados de modo a atuar com técnica, confiabilidade e agilidade nas investigações criminais. Uma proposta seria que cada Força implementasse um número adequado de Delegacias de Polícia Judiciária ou Núcleos de Polícia

¹⁴ Conclusões obtidas da mesma pesquisa referida na nota de rodapé n. 3.

Judiciária Militar, de acordo com a distribuição territorial de cada Força e um Centro de Criminalística.

Exames residográficos, exames de microestrias, exames de DNA, exames em documentos falsos, exames laboratoriais, entre outros, demandam equipamentos e profissionais capacitados para a emissão de laudos especializados. Tais equipamentos e profissionais são de elevada importância para o perito de campo que atuará no local do crime. Desta forma, o Centro de Criminalística seria um ponto de convergência das evidências forenses que ainda demandariam exames mais apurados.

Poder-se-ia também pensar em um Centro de Criminalística único para as Forças Armadas. O Estado do Rio de Janeiro apresenta uma grande concentração de tropas da Marinha, do Exército e da Aeronáutica e, desta forma, o Centro de Criminalística poderia ser uma unidade integrada do Ministério da Defesa com sede neste Estado, aumentando sua amplitude e diluindo os custos de implantação pelas três Forças Armadas.

No tocante à formação, considerando-se que a atividade-fim de investigação não é própria da atividade militar, importante seria a criação de Cursos de especialização para a condução de Inquéritos ou para a lavratura de Autos de Prisão em Flagrante Delito (APFD) no âmbito do Ministério da Defesa (MD) a fim de permitir o nivelamento e a uniformidade de procedimentos da PJM no âmbito das Forças Armadas.

Cursos de Perícia e Investigação Criminal também podem ser aperfeiçoados a fim de se permitir que as três Forças disponham de Peritos em seus quadros. Destaca-se mais uma vez a necessidade de investimentos em materiais

específicos para a atividade forense e a melhoria dos processos seletivos dos graduados que serão especializados neste ramo do conhecimento.

7 CONCLUSÕES

A estruturação permanente de Delegacias de Polícia Judiciária Militar (DPJM) seria um passo audacioso, porém, inovador no campo da Investigação Criminal Castrense.

A sociedade atual, que vive a Era da Informação, carece de estruturas e técnicas mais eficientes na apuração de ações delituosas. Nesse contexto, cabe às Forças Armadas aperfeiçoarem suas ferramentas apuratórias a fim de evitar que a impunidade e o despreparo comprometam a imagem das Instituições e criem questionamentos sobre a eficiência da Justiça Militar.

Em verdade, a estruturação permanente das Delegacias de Polícia Judiciária Militar contribuiriam para o aprimoramento das investigações criminais e para o fortalecimento do sistema jurídico castrense.

Um Centro de Criminalística no âmbito do Ministério da Defesa, que poderia se utilizar de estruturas já existentes, aprimoraria os exames periciais e contribuiria para a projeção das Forças Armadas no campo forense.

Os investimentos para a implantação das DPJM não seriam elevados, uma vez que os espaços físicos existentes poderiam ser adaptados, diminuindo-se o custo com obras. A economia de recursos humanos seria mais um ponto forte desta

nova mentalidade. Ao possibilitar o emprego prolongado dos delegados e peritos nas DPJM, as necessidades de formação de novos especialistas diminuiriam.

Atualmente, militares têm sido empregados em missões que resultam em contato direto com populações civis, como nos casos de ações de garantia da lei e da ordem e de missões de manutenção da paz. Profissionalizar a investigação criminal militar para responder de forma rápida e eficaz diante da ocorrência de um crime militar impacta na legitimidade, credibilidade e eficiência da atuação das Forças Armadas.

8 REFERÊNCIAS

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR, 1. 2015, Brasília, DF. *Anais*. Brasília, DF: Escola Superior do Ministério Público da União, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

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. 2016.

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. 2016.

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: 17 mar. 2016.

BRASIL. Marinha. DGPM. *DPGM-315 – Normas sobre Justiça e disciplina na Marinha do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, de 13 Jan 2011.

DUARTE, A. P. A Perícia Criminal como Elemento Instrutório do Processo Penal. p. 49-70. In: *Revista do Ministério Público Militar*. n. 18 (2008). – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar.

DUARTE, A. P.; CARVALHO, J. C. C. Visão crítica sobre a Polícia Judiciária Militar. p. 11-36. In: *Revista do Ministério Público Militar*. Ano 40, n. 25 (nov. 2015). – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar.

GORRILHAS, L. M.; BRITO, C. A. *A Polícia Judiciária Militar e seus desafios: aspectos teóricos e práticos*. Nuria Fabris Editora, 2016.

MANUAL DE METODOLOGIA DA PESQUISA CIENTÍFICA. Organizado por Eduardo Borba Neves, Clayton Amaral Domingues. Rio de Janeiro, RJ, EB/CEP, 2007.

MENEZES, C.; LEUTZ, D. Maioria dos crimes no Brasil não chega a ser solucionada pela polícia. *Jornal da Globo*, Rio de Janeiro, 29 abril 2014. Disponível em < <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>> Acesso em: 20 jul. 2016.

MIRANDA, D. Justiça Militar da União cumpre missão nas operações de pacificação dos complexos da Penha e Alemão. p. 14-19 *In: STM em Revista*. ANO 8 | Nº 9 | OUTUBRO 2012. Brasília: STM, 2012.

NEVES, M. A. M. P. *Delegacia de Polícia Judiciária Militar: uma experiência exitosa*. Rio de Janeiro: Comando Militar do Leste, 2012. 4 p. Relatório.

A CORREIÇÃO DO JUIZ- AUDITOR CORREGEDOR NOS AUTOS DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR EM DESACORDO COM O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ADOTADO NO BRASIL

THE EYRE THE JUDGE INSPECTOR-
AUDITOR IN THE MILITARY POLICE
INQUIRY NOTICES AT ODDS WITH THE
CRIMINAL JUSTICE SYSTEM
ADOPTED IN BRAZIL

Naghimy Magdala Dilly de Medeiros Rassy Teixeira

Advogada

Especialista em Direito Militar

RESUMO: O presente texto tem como finalidade demonstrar que o artigo 14, inciso I, letra “c”, da Lei nº 8.457/92 (Lei da Organização da Justiça Militar da União), encontra-se incompatível com a Constituição Federal de 1988. Tal dispositivo regulamenta que uma das competências do Juiz-Auditor Corregedor é proceder a correção, representando ao Superior Tribunal Militar, quando

entender que há indícios de crime e de autoria, nos autos de inquérito mandados arquivar pelo Juiz-Auditor, após o pronunciamento do Ministério Público Militar. Procuraremos comprovar que tal competência do Juiz-Auditor Corregedor é contrária ao sistema processual adotado no Brasil, em face da titularidade do Ministério Público Militar na ação penal e da imparcialidade e independência do Juiz-Auditor.

PALAVRAS-CHAVES: Sistema Acusatório. Processo Penal Militar. Constituição Federal. Ministério Público Militar. Juiz-Auditor. Correição. Incompatibilidade.

ABSTRACT: This text aims to demonstrate that Article 14, paragraph I, letter “c” of Law No. 8,457/92 (Organization of the Law of Justice Union military), is inconsistent with the Federal Constitution of 1988. Such a device regulates that one of Judge Inspector-Auditor of skills is to make complaint against judge misconduct, representing the Superior Military Court, if it considers that there is evidence crime and authorship in case of inquiry ordered filed by Military Judge after the pronouncement of the prosecution military. We will seek to prove that such jurisdiction of Judge Inspector-Auditor is contrary to the procedural system adopted in Brazil, due to the ownership of the Military Prosecution Service in criminal proceedings and the impartiality and independence of the Military Judge.

KEYWORDS: Accusatory system. Military Criminal Procedure. Federal Constitution. Military Prosecution Service. Military Judge. Eyre. Incompatibility.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O sistema processual penal adotado no Brasil – 3. O sistema acusatório no Processo Penal Militar – 4. A correição nos autos do IPM arquivado – 5. Conclusão – 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto tem como finalidade demonstrar que o artigo 14, inciso I, letra “c”, da Lei nº 8.457/92 (Lei da Organização da Justiça Militar da União), encontra-se incompatível com a Constituição Federal de 1988. Tal dispositivo regulamenta que uma das competências do Juiz-Auditor Corregedor é proceder a correição, representando ao Superior Tribunal Militar, quando entender que há indícios de crime e de autoria, nos autos de inquérito mandados arquivar pelo Juiz-Auditor, após o pronunciamento do Ministério Público Militar.

Procuraremos comprovar que tal competência do Juiz-Auditor Corregedor é contrária ao sistema processual adotado no Brasil, em face da titularidade do Ministério Público Militar na ação penal e da imparcialidade e independência do Juiz-Auditor.

Assim sendo, analisaremos o conflito da correição com nossa Carta Magna, primeiramente nos posicionando a respeito do sistema processual penal brasileiro, com a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Logo após, falaremos sobre o sistema acusatório dentro do processo penal militar, à luz da doutrina e do Superior Tribunal Militar.

E, finalmente, discorreremos sobre a correição realizada pelo Juiz-Auditor Corregedor nos autos do inquérito arquivado sob a ótica constitucional.

2 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ADOTADO NO BRASIL

Há três espécies de sistemas processuais mencionados pela doutrina: o sistema inquisitório, o sistema acusatório e o sistema misto. De uma forma sucinta, basicamente, os sistemas têm as seguintes características:

O sistema inquisitório reúne em uma só pessoa todas as funções de um processo: acusar, defender e julgar. Em consequência, é um sistema que não cabe em um Estado Democrático de Direito por violar os direitos e garantias individuais.

O sistema acusatório é o oposto do sistema inquisitório, pois apresenta a distribuição dessas funções para órgãos diferentes.

Já, o sistema misto apresenta uma fase inicial de investigação de acordo com o sistema inquisitório e uma fase final, a processual, conforme o sistema acusatório.

A Constituição Federal definiu o sistema penal acusatório, no Brasil, através do seu artigo 129, o qual vigora tanto no processo penal comum quanto no processo penal militar. Embora alguns doutrinadores entendam que nosso sistema processual seja o misto, em virtude do Inquérito Policial conter traços inquisitivos, a posição da doutrina majoritária e dos Tribunais Superiores é a de que o sistema processual penal brasileiro é o acusatório.

Sobre a questão, o reconhecido doutrinador Eugênio Pacelli¹ discorre:

Sob tais distinções, o nosso processo é mesmo acusatório. Entretanto, a questão não é tão simples. Há realmente algumas dificuldades na estruturação de um modelo efetivamente acusatório, diante do caráter evidentemente inquisitivo do nosso Código de Processo Penal e seu texto originário. Nada obstante, pequenos, mas importantes, reparos foram feitos ao longo desses anos, em relação à construção de um modelo prioritariamente acusatório de processo penal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal² pontualmente afirma sobre o nosso sistema processual penal, o acusatório:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL.
CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA.

¹ OLIVEIRA, E. P. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 29 p.

² Disponível em: < file:///home/chronos/u-9f609308e2367787a443cf1d21ba 7f6a-365e93b9/Downloads /texto_169657337%20(2).pdf> Acesso em: 14 jun. 2016.

REQUISIÇÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO APÓS O RECEBIMENTO DENÚNCIA. MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INTELIGÊNCIA DA LEI 12.830/2013. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SUPERAÇÃO DO ÔBICE CONSTANTE NA SÚMULA 691. ORDEM CONCEDIDA. 1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013. 2. Ordem concedida (STF – HC 115015 SP, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 27/08/2013, Data de Decisão: 12/09/2013, Segunda Turma) (grifo nosso).

O Superior Tribunal de Justiça³ segue na mesma orientação:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DECRETO DE OFÍCIO. VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO DE PROCESSO E AO PRINCÍPIO DA INÉRCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDAMENTADA. REGISTROS CRIMINAIS ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO. RÉU FORAGIDO DO SISTEMA PRISIONAL. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO DELITIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECUSO IMPROVIDO. 1. A suposta violação ao art. 311 do Código de Processo Penal, pela alegada decretação da prisão preventiva de ofício, em desconformidade com o sistema acusatório de processo ou com o princípio da inércia, adotados pela Constituição da República de 1988, não foi enfrentada pela Corte de origem. O reconhecimento desse argumento não pode ser analisado por este Superior Tribunal, sob pena de caracterizada a supressão de instância (Precedentes) (STJ – RHC 69199 RS, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 19/04/2016, Data de Publicação: 28/04/2016, Sexta Turma) (grifo nosso).

³ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600765031&dt_publicaca%20o=28/04/2016>. Acesso em: 14 jun. 2016.

O sistema acusatório é um dos tipos processuais penais que possui como característica fundamental a separação rígida das tarefas de investigar e acusar, de um lado, e de julgar, de outro, promovendo, assim, a isonomia entre a acusação e a defesa e, também, a imparcialidade do Judiciário.

Inúmeros princípios e garantias que corroboram com esse sistema estão também previstos na nossa Carta Magna.

Conforme leciona o ilustre doutrinador Fernando Capez⁴:

O sistema acusatório pressupõe as garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das armas (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, X) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII).

É importante ainda ressaltarmos que o Sistema Acusatório confere ao Ministério Público a formação da *opinio delicti*, decorre dessa prerrogativa a análise acerca da ocorrência ou não do delito, a fim de que se promova, exclusivamente, a ação penal pública. Tal previsão encontra-se expressa no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal⁵.

Destacamos o julgado do Supremo Tribunal Federal⁶ no mesmo sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA. CONEXÃO. INEXISTÊNCIA. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. SISTEMA ACUSATÓRIO. 1. O princípio acusatório é vulnerado de forma reflexa nas hipóteses em que a decisão do magistrado, após a manifestação do Ministério Público Federal no sentido de remessa dos autos ao juízo competente, determina o aditamento da denúncia para incluir fatos constantes do relatório policial em função da conexão. 2. O sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, a formação do opinio delicti, separando a função de acusar

⁴ Capez, F. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 85p.

⁵ *In verbis*: Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

⁶ Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026617>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

daquela de julgar. 3. A conexão permite o Juízo disputar a competência para julgamento do feito, mas não o autoriza, a pretexto do liame probatório, a superar o dominus litis, o Ministério Público, e determinar o oferecimento de denúncia contra o impetrante, formulando prévio juízo de culpa, gerador de nulidade processual. 4. A conexão intersubjetiva ou instrumental decorrente de encontro fortuito de prova que nada tem a ver com o objeto da investigação principal, não tem o condão de impor o unum et idem iudex, máxime com vulneração do princípio acusatório. 5. A conexão no processo dá-se em favor da jurisdição de modo a facilitar a colheita da prova, evitar decisões contraditórias e permitir cognição mais profunda e exauriente da matéria posta a julgamento. O simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o simultaneus processus. 6. In casu, durante a “Operação Abate” que investigava fraude na obtenção de selo sanitário em frigoríficos no estado de Rondônia, descobriu-se esquema de corrupção envolvendo diversos órgãos federais e estaduais, autarquias e instituições financeiras públicas e privadas com a finalidade de obtenção de vantagem ilícita pelas empresas da família Bihl, no estado do Mato Grosso. O impetrante, ex-funcionário do Ministério da Integração Nacional, supostamente emitiu cartas de anuência mediante fraude para facilitar a formalização de hipoteca pelas empresas do Grupo Bihl. 7. Recurso parcialmente provido para remeter o aditamento da denúncia, apenas em relação ao recorrente, à Justiça Federal no Distrito Federal, com traslado integral dos autos (STF – RHC 120379 RO, Relator Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 26/08/2014, Data de Publicação: 24/10/2014, Primeira Turma) (grifo nosso).

Desse modo, o sistema acusatório, adotado no Brasil, por expressa determinação constitucional, tem como objetivo retirar todos os traços inquisitivos que poderiam contaminar o processo; distribuir as funções de acusar, defender e julgar a diferentes órgãos; e preservar, assim, a imparcialidade, o contraditório, a ampla defesa e os demais princípios constitucionais importantes para o fortalecimento deste modelo no processo penal.

3 O SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL MILITAR

No processo penal militar não há previsão de ação pública condicionada à representação do ofendido nem de ação privada originária. Embora o Código de Processo Penal Militar e o Código Penal Militar não mencionem nada a respeito da ação penal privada subsidiária da pública, em caso de inércia do Ministério Público Militar, esta ação é cabível em virtude do artigo 5º, inciso LIX, do nosso texto constitucional⁷. É cabível também a ação pública condicionada à requisição do Ministro da Defesa, nos crimes dos artigos 136 a 140 do Código Penal Militar, referentes à segurança nacional e relações exteriores do Brasil, ou do Ministro da Justiça, no crime do artigo 141 (entendimento para gerar conflito ou divergência com o Brasil) do Código Penal Militar, se o autor do crime for civil e não houver coautor militar. Contudo, o Ministério Público Militar não se encontra vinculado à requisição, que é um ato puramente político.

Nesse sentido, o grande jurista Rogério Greco⁸ sustenta:

Conforme salientamos, o fato de havido representação criminal ou mesmo a requisição do Ministro da Justiça não impõe ao Ministério Público o obrigatório oferecimento da denúncia, uma vez que, na qualidade de *dominus litis*, poderá e deverá o Ministério Público avaliar, com independência, os fatos que foram trazidos ao seu conhecimento, quando, a final, emitirá sua *opinio delicti*, que poderá ser tanto no sentido do oferecimento da denúncia, como pugnando pelo arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação.

Com amparo, a investigação criminal é destinada ao Ministério Público Militar, que fará a análise das provas e decidirá se há elementos suficientes para iniciar a ação penal.

⁷ *In verbis*: Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: LXI - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.

⁸ GRECO, R. *Curso de Direito Penal*. v.1, parte geral (arts. 1º ao 120). 14. Ed. Niterói: Impetus, 2012. 687 p.

Havendo suporte probatório mínimo, o Ministério Público Militar é obrigado a oferecer a denúncia, em virtude do Princípio da Obrigatoriedade, o qual brilhantemente esclarece Renato Brasileiro⁹:

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominado de legalidade processual aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal.

No entanto, caso não haja indícios de crime e de sua autoria, o Ministério Público Militar, que por força constitucional é o titular da ação penal, poderá requerer o arquivamento, de forma expressa e fundamentada, ao Juiz-Auditor.

Alude o renomado doutrinador e Promotor da Justiça Militar, Jorge César de Assis¹⁰:

Devidamente fundamentado, o pedido de arquivamento demonstra as razões de convicção do agente ministerial. Pode ocorrer que o fato seja típico e antijurídico, porém está extinta a punibilidade do agente (CPM, art.123); ou porque, mesmo sendo típico e antijurídico o fato, a autoria permanece desconhecida ou mesmo a materialidade não está suficientemente provada. Outras vezes, o fato é típico e antijurídico, mas não caracteriza crime de competência da Justiça Militar. Mesmo que identificado o agente, há que se remeter o inquérito para o juízo competente (CPPM, arts. 78, b e 398). Há casos, porém, em que a decisão de arquivamento irá fazer coisa julgada, sendo exemplo mais claro o daquele em que o Promotor entende que o fato constante naquele IPM está suficientemente apurado, mas não constitui crime, no que é secundado pelo juiz.

Por conseguinte, o Juiz-Auditor analisará, então, a legalidade do pedido, verificando se há justa causa ou não, em respeito ao sistema acusatório.

⁹ LIMA, R. B. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. 215 p.

¹⁰ ASSIS, J. C. *Código de Processo Penal Militar anotado*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012. 75 p.

Ressaltamos, ainda, que o juiz não pode determinar o arquivamento do IPM, sem prévia manifestação do *Parquet*.

Nessa vereda, cumpre enfatizarmos a posição do Superior Tribunal Militar¹¹:

CORREIÇÃO PARCIAL - ARQUIVAMENTO DE IPM

I - Preliminar de não conhecimento da Correição Parcial rejeitada, por maioria de votos. II - No mérito, tem-se: a) Estabelece o art. 397, do CPPM que se o Procurador "... entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram elementos indispensáveis ao oferecimento de denúncia requererá ao auditor que os mande arquivar. Se este concordar com o pedido, determinará o arquivamento, se discordar, remeterá os autos ao procurador-geral." b) Cabe ao órgão ministerial requerer ao Juiz-Auditor o arquivamento do inquérito, das peças de informações ou representação, por ser ato normal de suas atribuições de dono da ação, devendo verificar-se se é o caso de promovê-la ou não e não ao juiz. c) Em outras palavras, o juiz não pode determinar o arquivamento do inquérito sem que o Ministério Público o tenha requerido. d) O silêncio do *Parquet*, como ocorrido nos autos, não pressupõe um pedido de arquivamento, dado que tal procedimento não tem respaldo na lei, na jurisprudência e na doutrina. e) No silêncio do órgão ministerial, deve o magistrado adotar outra solução, que não o arquivamento do inquérito, mas sim sua submissão ao crivo da Procuradoria-Geral da Justiça Militar para que proceda como entender de direito. III - Correição Parcial deferida para, desconstituindo-se a decisão que determinou o arquivamento do IPM nº 81/09, remetê-lo à Procuradoria-Geral da Justiça Militar para que proceda como entender de direito, por decisão unânime (STM – CP (FO): 0000088-67.2009.7.01.0401 DF, Relator Ministro SERGIO ERNESTO ALVES CONFORTO, Data de Julgamento: 01/03/2010, Data de Publicação: 26/03/2010, Vol: Veículo: DJE) (grifo nosso).

Conforme ilustra conceituada doutrina do jurista Renato Brasileiro¹², “o arquivamento é um ato complexo, que envolve prévio requerimento formulado pelo órgão do Ministério Público, e posterior decisão da autoridade judiciária competente”.

¹¹ Disponível em: < <http://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=00000886720097010401&cl=30&cd= SAMU&cp=1&cu=1&cr=2&cf=G>>. Acesso em: 1º jul. 2016.

¹² LIMA, R.B. Manual de Processo Penal. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014. 152p.

Nesse diapasão, enfatizamos o papel do Ministério Público Militar que tem a finalidade precípua de fiscalizar a efetividade das leis e promover sua aplicação, para que as normas não fiquem apenas em textos legais mas que, acima de tudo, sejam efetivas.

Dentro deste contexto, é importante citarmos o voto recente do Ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 388/DF¹³, que profere com mestria a respeito do Ministério Público:

É preciso enfatizar, Senhor Presidente, sempre e cada vez mais, o enorme significado que tem, para a vida do País e a de seus cidadãos, a existência de um Ministério Público forte e independente, de um Ministério Público que se mostre livre e imune a injunções marginais e a condutas desviantes, perpetradas pelos detentores do Poder, que tanto corrompem a integridade do regime democrático, a probidade administrativa e a dignidade da atividade estatal, que constituem valores subordinantes e essenciais à prática responsável da regência e direção do Estado, a significar que essa notável instituição da República não pode sujeitar-se nem deixar-se manipular por pretensões governamentais inconfessáveis ou por recônditos desejos de dominação política. Ninguém desconhece, Senhor Presidente, que o Ministério Público, com a reconstrução da ordem constitucional em nosso País, emergiu sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformulou-se-lhe a fisionomia institucional; conferiram-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional; atendeu-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade civil. A Constituição da República, ao fortalecer o Ministério Público, atribuiu-lhe posição de inquestionável eminência político-jurídica e concedeu-lhe os meios necessários à plena realização de suas elevadas finalidades institucionais, deferindo-lhe uma condição singular na estrutura e organização do poder. Sabemos que regimes autocráticos, governantes ímprobos e cidadãos corruptos temem um Ministério Público independente, pois o Ministério Público, longe de curvar-se aos desígnios dos detentores do poder – tanto do poder político quanto do poder econômico –, tem a percepção superior de que somente a preservação da ordem democrática e o respeito efetivo às leis da República revelam-se dignos de sua proteção institucional. É preciso não desconsiderar as lições da História, Senhor Presidente, e reconhecer que um Ministério Público independente e consciente de sua missão histórica e do papel institucional que lhe cabe desempenhar, sem tergiversações, no seio de uma sociedade aberta e democrática constitui a certeza e a garantia da

¹³ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo820.htm> >. Acesso em: 04 jun. 2016.

intangibilidade dos direitos dos cidadãos, da ampliação do espaço das liberdades fundamentais e do prevalecimento da supremacia do interesse social, especialmente em um País como o nosso, em que ainda lamentavelmente se evidenciam relações antagônicas e conflituosas que tendem a patrimonializar a coisa pública, confundindo-a com a esfera privada de terceiros, ou que submetem pessoas indefesas ao arbítrio do Estado onipotente, ou que expõem essa massa enorme de explorados e despossuídos à avidez predatória daqueles que, criminosamente, desprezam, com insensível desrespeito às leis, à consciência moral, à solidariedade social e à Constituição, os valores básicos sobre os quais se funda qualquer sociedade digna, justa e fraterna.

Um Ministério Público forte e independente, consciente da alta responsabilidade institucional que lhe foi atribuída pela vontade soberana do Povo, reunido em Assembleia Nacional Constituinte: eis o significativo legado cuja preservação incumbe a essa importantíssima Instituição da República, pois – insista-se – o Ministério Público representa o órgão estatal a que a própria Constituição outorgou a especial incumbência de impedir que o abuso de poder, que a prepotência dos governantes, que o desrespeito às liberdades públicas, que a transgressão ao princípio da moralidade administrativa e que a ofensa aos postulados estruturadores do Estado Democrático de Direito culminem por gerar inadmissíveis retrocessos, incompatíveis com o espírito republicano e inconvincentes com a prática legítima do regime democrático.

Para viabilizar a consecução dos altos objetivos que orientam a ação fiscalizadora do Ministério Público, foram-lhe atribuídas, como Instituição, determinadas garantias de ordem objetiva, como aquelas previstas no art. 127 da Lei Fundamental.

Mais do que isso, o legislador constituinte outorgou aos membros do Ministério Público os mesmos predicamentos da magistratura (CF, art. 128, § 5º, I), concedendo-lhes prerrogativas destinadas a assegurar-lhes adequada proteção viabilizadora do exercício independente das funções que lhes foram atribuídas.

Ao mesmo tempo que assim procedeu, o constituinte impôs aos membros do “Parquet” as mesmas incompatibilidades que incidem sobre os magistrados em geral, com especial destaque para a regra que veda, de modo (quase) absoluto, o exercício de outra função pública, salvo uma de magistério (CF, art. 128, § 5º, II, “d”). Estabeleceu-se, no contexto desse quadro normativo, verdadeira fórmula transacional, em ordem a manter perfeita relação de equilíbrio entre magistrados e membros do Ministério Público no que se refere ao gozo das mesmas prerrogativas e à incidência das mesmas situações de incompatibilidade (STF – ADPF 388 DF, Relator Ministro GILMAR MENDES, Entrada no STF: 03/03/2016, Data de Julgamento Final: Plenário)

Observamos que as atribuições ministeriais exigem imparcialidade do agente e independência do Órgão, características estas iminentes à referida Instituição.

Além disso, temos no arquivamento a decisão fundamentada (artigo 93, IX, da Constituição), do Juiz-Auditor, órgão da Justiça Militar, de acordo com o artigo 1º da Lei 8.457/92. O magistrado tem como alguns dos seus requisitos, para o desempenho de sua competência, a imparcialidade e, principalmente, a independência, ratificando o compromisso de um processo penal de acordo com o sistema acusatório. Suas garantias e vedações estão previstas na Carta Magna (artigo 95) e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Reforçamos aqui a importância do Princípio do Juiz Natural, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, que é a garantia da própria jurisdição.

Nesse seguimento, Renato Brasileiro¹⁴ assegura:

Juiz natural, ou juiz legal, dentre outras denominações, é aquele constituído antes do fato delituoso a ser julgado, mediante regras taxativas de competência estabelecidas pela lei. Visa assegurar que as partes sejam julgadas por um juiz imparcial e independente. Afinal, a necessidade de um terceiro imparcial é a razão de ser da própria existência do processo, enquanto forma de heterocomposição de conflitos, sendo inviável conceber a existência de um processo em que a decisão do feito fique a cargo de um terceiro interessado em beneficiar ou prejudicar uma das partes. Aliás, segundo o art. 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica, todo acusado tem direito a ser julgado por um juiz independente e imparcial.

Entretanto, caso o Juiz-auditor discorde do arquivamento requerido pelo Ministério Público Militar, remeterá os autos ao Procurador-Geral da Justiça Militar, conforme preconiza o artigo 397 do Código de Processo Penal Militar, em seu caput, que segue o princípio fundamental do sistema acusatório, *in litteris*:

Art. 397. Se o procurador, sem prejuízo da diligência a que se refere o art. 26, n.º I, entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, requererá ao auditor que os mande arquivar. Se este concordar com

¹⁴ LIMA, R. B. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. 73 p.

o pedido, determinará o arquivamento; se dele discordar, remeterá os autos ao procurador-geral.

De outro modo, se o Procurador-Geral entender que não há o mínimo lastro probatório, este mandará arquivar e o Juiz-Auditor terá que acolher tal decisão. Mas, se o Procurador concordar com a posição do Magistrado, designará outro procurador para oferecer a denúncia (art. 397, § 1º do CPPM¹⁵).

Em relação ao desarquivamento do IPM, vale destacarmos que este só poderá ser realizado se novas provas aparecerem, conforme previsto no artigo 25 do Código de Processo Penal Militar¹⁶ e na Súmula nº 524 do STF, que esclarece que “arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”.

Reconhecemos, até aqui, o respeito aos princípios constitucionais e, principalmente, ao sistema acusatório, encontrando-se também em consonância com o processo penal comum.

4

A CORREIÇÃO NOS AUTOS DO IPM ARQUIVADO

Com o arquivamento do Inquérito Policial Militar, no caso em que o Juiz-Auditor tenha concordado com o Ministério Público Militar, o Magistrado

¹⁵ *In verbis*: Art. 397. Se o procurador, sem prejuízo da diligência a que se refere o art. 26, nº I, entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, requererá ao auditor que os mande arquivar. Se este concordar com o pedido, determinará o arquivamento; se dele discordar, remeterá os autos ao Procurador-Geral. § 1º Se o Procurador-Geral entender que há elementos para a ação penal, designará outro procurador, a fim de promovê-la; em caso contrário, mandará arquivar o processo.

¹⁶ *In verbis*: Art. 25. O arquivamento de inquérito não obsta a instauração de outro, se novas provas aparecerem em relação ao fato, ao indiciado ou a terceira pessoa, ressalvados o caso julgado e os casos de extinção da punibilidade.

deverá remeter os autos à Corregedoria da Justiça Militar, no prazo de dez dias, em concordância com o artigo 30, da Lei n° 8.457/92 (LOJMU), *in verbis*:

Art. 30. Compete ao Juiz-Auditor:

[...]

XVI – remeter à Corregedoria da Justiça Militar, no prazo de dez dias, os autos de inquéritos arquivados e processos julgados, quando não interpostos recursos;

Desta feita, caso o Juiz-Auditor Corregedor entenda que há indícios de crime e de autoria poderá proceder a Correição, representando ao Superior Tribunal, em total dissonância com o sistema acusatório, mas amparado pelo artigo 14, inciso I, letra “c”, da LOJMU¹⁷, que normatiza:

Art. 14. Compete ao Juiz-Auditor Corregedor:

I – Proceder às Correições:

[...]

c) aos autos de inquérito mandados arquivar pelo Juiz-Auditor, representando, ao Tribunal, mediante despacho fundamentado, desde que existentes indícios de crime e de autoria.

A Correição é feita ao Superior Tribunal Militar que poderá negar provimento e, então, o IPM será arquivado, ou, se der provimento, remetê-lo-á ao Procurador-Geral da Justiça Militar, que decidirá acerca da denúncia.

Nessa esteira, encontra-se o julgado do Superior Tribunal Militar¹⁸:

EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL. POSSE DE ENTORPECENTE. ARQUIVAMENTO DE AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. INICIATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. PEQUENA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA (MACONHA). PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE.

É legítima a atuação do Juiz-Auditor Corregedor de representar, na forma de correição parcial, perante esta Instância Castrense, seja em inquérito, seja em processo irregularmente arquivado, conforme autorizam a alínea “c” do inc. I do art. 14 da Lei n° 8.457/1992 (LOJM) e alínea “b” do art. 498 do CPPM. A pequena quantidade da substância apreendida não deve servir de argumento para impedir a deflagração da ação penal. Comprovada a existência dos indícios apontados, não pode o Ministério

¹⁷ Embora haja o Projeto de Reforma da LOJM, PL 7683/2014, elaborado pelo Superior Tribunal Militar, que revoga o dispositivo em questão, ele ainda não foi aprovado e nem sancionado. Tal projeto também muda a atribuição do Juiz-Auditor Corregedor para a o Ministro Vice-Presidente do Superior Tribunal Militar.

¹⁸ Disponível em: < <http://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2012/105/10001674/10001674.pdf> >. Acesso em: 1° jul. 2016.

Público Militar furtar-se de sua atribuição constitucional de propor a ação penal cabível, sob pena de violar os preceitos da obrigatoriedade e da oficialidade. Não se deve olvidar que, na fase em que se encontra o feito, vige o princípio do in dubio pro societate, cabendo ao MPM exercer o seu ofício constitucional para a deflagração do processo penal. Rejeitada a preliminar de não conhecimento. Decisão majoritária. No mérito, deferida a Correição Parcial para remeter os autos à Procuradoria-Geral da Justiça Militar, na forma do § 1º do art. 397 do CPPM. Decisão majoritária (STM - Acórdão nº 0000118-47.2011.7.05.0005 DF, Correição Parcial - CP, Relator Ministro JOSÉ COELHO FERREIRA, Data de Julgamento: 10/05/2012, Data de Publicação: 19/06/2012 Vol: Veículo: DJE) (grifo nosso).

A Correição tem natureza controversa, porém prevalece no processo penal que é um recurso. Tem caráter subsidiário, ou seja, só pode ser utilizado quando não houver outro recurso previsto. Sua finalidade é sanar erros derivados de ação (abuso de poder) ou omissão do juiz.

Esta se encontra prevista, no artigo 498 do Código de Processo Penal Militar. Não tem amparo no código de processo penal comum, mas sim na Lei 5.010/66, que versa sobre a organização da Justiça Federal de primeira instância e demais legislações esparsas sobre organização judiciária e regimentos internos, como a Lei 8.457/92, no artigo acima transcrito e no Regimento Interno do STM (artigo 152¹⁹).

Embora haja previsão legal, julgamos que não cabe ao Juiz-Auditor Corregedor afastar a legalidade da decisão do arquivamento do Inquérito Policial Militar, requerida pelo Ministério Público Militar e aceita pelo Juiz-Auditor, em face à pranteada inconstitucionalidade do artigo em questão.

¹⁹ *In verbis*: Art. 152. Admitir-se-á Correição Parcial. I - para corrigir erro ou omissão inescusáveis, abuso ou ato tumultuário, em processo cometido ou consentido por Juiz, desde que para obviar tais fatos não haja recurso previsto no CPPM e neste Regimento; II - para corrigir arquivamento irregular, decidido na primeira instância, em inquérito ou processo.

O texto constitucional acolheu o sistema acusatório, importante modelo que garante o princípio da paridade de armas, do contraditório, da ampla defesa, da motivação das decisões judiciais e, principalmente, do devido processo legal e, a correição em inquérito arquivado vai em sentido contrário ao modelo acusatório.

Fere também a titularidade da ação penal, exclusiva do Ministério Público Militar, com previsão constitucional (artigo 129, inciso I) e também previsto no Código de Processo Penal Militar (artigo 29). Na separação das funções feitas pelo sistema processual penal militar, cabe somente ao Ministério Público Militar a função de acusar e decidir acerca da denúncia, solicitar a reabertura da investigação diante de fatos novos e, sobretudo, cabe ao Ministério Público Militar a estrita obediência ao Princípio da Obrigatoriedade.

Vale frisar o entendimento do notável Eugênio Pacelli de Oliveira²⁰:

De todo o exposto, conclui-se que, em matéria penal, cabe ao Ministério Público dizer definitivamente acerca do não ajuizamento da ação penal, isto é, em relação ao arquivamento de inquéritos policiais ou de peças de informação. Até mesmo perante a Suprema Corte, uma vez requerido o arquivamento, a conclusão é a mesma: o Supremo Tribunal Federal estará compelido a determinar a providência assim encaminhada (Pet 2509 AgR/MG e Pet 2820 Ag/RN, Relator Ministro Celso de Mello, 18/2/2004).

A previsão da correição nos autos arquivados do IPM também fere o crivo do Juiz-Auditor, sua independência, que também tem a função específica de julgar, de forma imparcial.

A vigência desse artigo está em total dissonância com o sistema acusatório e, conseqüentemente com a Constituição, havendo uma indevida invasão do Juiz-Auditor Corregedor em uma competência que não lhe pertence.

²⁰ OLIVEIRA, E. P. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 73 p.

Convém pormos em relevo que a correição é realizada por um juiz também de primeira instância.

Jorge César de Assis e Mariana Queiroz Aquino Campos²¹ explanam que

a Auditoria de Correição, órgão de fiscalização que não possui função judicante, é exercida pelo Juiz-Auditor Corregedor, escolhido pelo STM dentre os Juizes-Auditores situados no primeiro terço da classe, conforme prescreve o artigo 39 desta Lei de Organização da Justiça Militar da União (LOJMU).

Destarte, é oportuno consignar que o Procurador-Geral da República, Antônio Fernando²², ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4153, contra o mencionado dispositivo da LOJM, argumentando:

o juiz-auditor corregedor toma para si a tarefa de acusação, se concluir pela existência de indícios de crime e de autoria. Analisa, para tanto, o quadro fático-jurídico e, mesmo exercendo função administrativa, torna possível, mediante representação ao STM, a inovação do conteúdo da decisão de primeira instância, tudo a evidenciar a transgressão ao sistema acusatório, sem se falar nos aspectos negativos hábeis a macular os princípios do juiz natural e do devido processo legal.

[...] verifica-se que a legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre, como dito, de expressa previsão constitucional, mesmo porque, proceder à colheita de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria, é consectário lógico da própria função do órgão de promover, com exclusividade, a ação penal pública.

²¹ ASSIS, J.C. ; CAMPOS, M.Q.A. *Comentários à Lei de Organização da Justiça Militar da União*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2015. 19 p.

²² Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgt/noticias-pgr/pgt-somente-o-mpm-pode-requerer-arquivamento-ou-desarquivamento-de-inquerito-policial-militar>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

Ao revés, de forma sucinta à defesa realizada, a Advocacia-Geral da União²³ sustentou, em resposta à ADIN, que o artigo 14, inciso I, letra “c”, da LOJMU, constitui alternativa conferida ao Juiz-Auditor Corregedor de submeter ao Superior Tribunal Militar a análise dos fundamentos do arquivamento do Inquérito Policial Militar, e que tal dispositivo está previsto, de modo semelhante, no artigo 498, alínea “b”, do Código de Processo Penal Militar. E que a conduta prevista não se confunde com o desarquivamento imediato do inquérito e nem com a promoção da ação penal. Cabe assim, na visão da AGU, à Corte Castrense a análise da matéria. E acrescenta que as previsões normativas em comento “são corolários da segurança de nosso sistema acusatório, evitando o perecimento de direito e coibindo irregularidades que possam prejudicar o interesse público juridicamente tutelado, consignado nas informações prestadas pelo Senado Federal”.

Com o devido respeito, em lógica decorrência dos fatos narrados, filiamos ao entendimento do Procurador-Geral da República, Antônio Fernando, por ser evidente que o artigo 14, em seu inciso I, letra “c”, é inconciliável com a Constituição Federal.

Por outro lado, em decisões isoladas, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a questão, contudo é de suma importância aguardar a posição do Plenário.

²³ Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/15353924>. Acesso em: 09 jun. 2016

5 CONCLUSÃO

O sistema adotado no Brasil é o acusatório, posição adotada pela doutrina majoritária e pelos Tribunais Superiores. Esse sistema promove a isonomia entre as partes, ou seja, entre a acusação e a defesa. Garante também a imparcialidade do Judiciário ao Ministério Público Militar, a titularidade da ação, e tem como característica fundamental a separação das funções de acusar e defender. Esse modelo processual está presente no processo penal militar e no processo penal comum.

O artigo 14 em seu inciso I, letra “c”, da Lei nº 8457/92, Lei da Organização Judiciária da Justiça Militar, diverge claramente da norma constitucional prevista no artigo 129, inciso I e do sistema processual penal vigente, que impõe claramente a separação das funções atinentes à persecução penal, ao prever que o Juiz-Auditor possa proceder a correição nos autos arquivados do inquérito policial militar.

Entendemos que tal atribuição dada ao Juiz-Auditor Corregedor corrompe o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal, pois há uma deturpação nas funções.

Ao Ministério Público Militar cabe a função de acusar e a obediência ao Princípio da Obrigatoriedade. Cabe a ele, como titular da ação penal, verificar se há justa causa para o oferecimento da denúncia.

Ao Juiz-Auditor cabe analisar novamente, com imparcialidade, se há indícios de crime e de autoria e decidir, conforme suas convicções.

Tanto o Ministério Público Militar quanto a magistratura possuem as mesmas prerrogativas destinadas a assegurar a independência de suas funções. Aceitar a correição do Juiz-Auditor Corregedor, também magistrado de primeira

instância, nos autos arquivados do inquérito policial militar, é olhar com melindre a posição atual alcançada dessas Instituições.

Face às considerações aduzidas, não cabe ao Juiz-Auditor Corregedor adentrar no mérito do arquivamento do Inquérito Policial Militar, afastando a legalidade da decisão do Juiz-Auditor. Tal atribuição cabe ao Ministério Público Militar, titular da ação penal.

Claro está, portanto, que é necessário uma leitura constitucional no âmbito da correição no contexto do processo penal militar, para reafirmar o modelo acusatório, devido a sua relevância em assegurar ao Ministério Público Militar o exercício do direito de acusar, a imparcialidade do Juiz-Auditor e a paridade de armas. É necessário que qualquer recurso ou medida administrativa esteja sempre em sintonia com os princípios que regem as atividades da prestação jurisdicional.

Isto posto, em que pese as posições contrárias, julgamos que diante do que foi dito acerca do sistema adotado no Brasil no processo penal, inclusive no militar, da importância da independência do Ministério Público Militar e do Juiz-Auditor, fica evidente que a correição realizada nos autos de inquérito mandados arquivar pelo Juiz-Auditor Corregedor é uma flagrante violação ao sistema acusatório, configurando um regresso jurídico e a usurpação da função do Ministério Público Militar.

6 REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. *Código de Processo Penal Militar anotado*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

ASSIS, J. C.; CAMPOS, M. Q. A. *Comentários à Lei de Organização da Justiça Militar da União*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n° 1.001/1969. *Código Penal Militar*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 31 jun. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n° 1.002/1969. *Código de Processo Penal Militar*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 31 jun. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n° 3689/41. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 31 jun. 2016.

BRASIL. *Lei n° 5010/66*. Organiza a justiça federal de primeira instância e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5010.htm>. Acesso em: 23 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n° 8.457/92*. 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>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 69199 RS, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Data de Julgamento: 19/04/2016, Data de Publicação: 28/04/2016, Sexta Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireteor/?num_registro=201600765031&dt_publicacao=28/04/2016>. Acesso em: 14 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Acórdão n° 0000118-47.2011.7.05.0005 DF, Correição Parcial - CP, Relator Ministro José Coêlho Ferreira. Data de Julgamento: 10/05/2012, Data de Publicação: 19/06/2012. Disponível em: <<http://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2012/105/10001674/10001674.pdf>>. Acesso em: 1° jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. CP (FO): 0000088-67.2009.7.01.0401 DF, Relator Ministro Sérgio Ernesto Alves Conforto. Data de Julgamento: 01/03/2010, Data de Publicação: 26/03/2010. Disponível em: <<http://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=00000886720097010401&l=30&cd=SAMU&cp=1&u=1&r=2&f=G>>. Acesso em: 1° jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 388 DF, Relator Ministro Gilmar Mendes. Entrada no STF: 03/03/2016, Data de Julgamento Final: Plenário. Disponível em <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo820.htm>>. Acesso em: 4 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 115015 SP, Relator Ministro Teori Zavascki. Data de Julgamento: 27/08/2013, Data de Decisão: 12/09/2013, Segunda Turma. Disponível em: <file:///home/chronos/u-9f609308e2367787a443cf1d21ba7f6a365e93b9/Downloads/texto_169657337%20(2).pdf>. Acesso em: 14 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 120379 RO, Relator Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 26/08/2014, Data de Publicação: 24/10/2014, Primeira Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026617>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

BRASIL. *Regimento Interno do STM*. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/informacao/legislacao-stm>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

CAPEZ, F. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, R. *Curso de Direito Penal*. v. 1, parte geral (arts. 1º ao 120). 14. ed. Niterói: Impetus, 2012.

LIMA, R. B. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

OLIVEIRA, E. P. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CRIMES DE GUERRA E JUSTIÇA MILITAR: CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPRESSÃO NACIONAL DAS VIOLAÇÕES GRAVES DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO PELA JURISDIÇÃO CASTRENSE

WAR CRIMES AND MILITARY JUSTICE:
CONSIDERATIONS ON THE REPRESSION
OF SERIOUS VIOLATIONS OF
INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW
BY THE MILITARY JURISDICTION

Najla Nassif Palma

Promotora de Justiça Militar

Mestre em Direito Internacional Humanitário pela Universidade de Genebra

RESUMO: O Direito Internacional Humanitário não se posiciona quanto à escolha dos Estados no que diz respeito às jurisdições competentes para processar e julgar os crimes de guerra. O comando destacado dos tratados humanitários é a obrigação da implementação legislativa pelos Estados que devem respeitar as garantias judiciárias mínimas internacionalmente reconhecidas ao processar e julgar criminosos de guerra. Neste contexto, as justiças militares, pelas suas

características de especialidade, celeridade e mobilidade, podem ter um papel muito importante na eficácia da prestação jurisdicional. Os crimes de guerra, ainda que possam também ser praticados por agentes não estatais, são, em sua essência, crimes de natureza militar. O Brasil vivencia uma defasagem normativa no que tange aos crimes de guerra sendo importante, necessária e urgente a aprovação do projeto de lei que internaliza os crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma.

PALAVRAS-CHAVES: Crimes de guerra. Justiça Militar. Direito Internacional Humanitário.

ABSTRACT: The International Humanitarian Law does not take up position on the choice of States regarding the competent jurisdictions to prosecute and judge war crimes. The command deducted from the Humanitarian Treaties consists on the commitment of legislative implementation by the States, that shall respect the minimum judicial guarantees internationally granted to prosecute and judge war criminals. In this context, the Military Tribunals, due to its expertise, swiftness, and mobility, may play an important role in the efficiency of the judicial assistance. Even though war crimes may also be committed by non-state actors, they are essentially crimes of military nature. Brazil experiences a regulatory gap as regards war crimes, being important, necessary and urgent the approval of a bill that internalizes the international crimes foreseen in the Rome Statute.

KEYWORDS: War crimes – Military justice – International humanitarian law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O Direito Internacional Humanitário e a escolha estatal da jurisdição competente para crimes de guerra – 3. Garantias judiciárias mínimas enunciadas pelo Direito Internacional Humanitário – 4. Panorama histórico da persecução dos crimes de guerra – 5. Uma breve reflexão sobre as Jurisdições Militares – 6. Crime de guerra: um crime de natureza militar – 7. O *deficit* legislativo no Brasil – 8. Considerações finais – 9. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A guerra sempre foi, e continua sendo, uma realidade. Na história da humanidade, os séculos de guerra superam, e muito, os séculos de paz. Daí a importância e a necessidade de se disciplinarem juridicamente os conflitos armados na tentativa de “humanizar” os seus efeitos devastadores, protegendo-se quem não participa ou não participa mais das hostilidades e restringindo-se meios e métodos de combate. Este é o nobre, ambicioso e desafiador objetivo do Direito Internacional Humanitário (DIH), também conhecido como Direito Internacional dos Conflitos Armados¹, ou Direito da Guerra (*ius in bello*). As graves violações deste ramo do Direito Internacional são consideradas crimes de guerra².

¹ Por ordem de antiguidade, três expressões foram cunhadas para designar este ramo do Direito Internacional: Direito da Guerra, ou Leis de Guerra”, “Direito Internacional dos Conflitos Armados” e “Direito Internacional Humanitário”. A nomenclatura Direito da Guerra reinou soberana por muito tempo, tendo sido abandonada após a Segunda Grande Guerra pois, com a assinatura da Carta das Nações Unidas (ONU), em 1945, a guerra - estatuto jurídico complexo que exige o *animus belligerendi* - passou a ser proibida como escolha política de conduta internacional e a expressão, que parecia sugerir a permanência de uma conduta proibida, caiu em desuso. Embora o termo “direito (ou leis) da guerra” tenha caído em desuso, a expressão latina *ius in bello* (direito na guerra, direito durante a guerra) permanece atual, sendo frequentemente utilizada pela doutrina como sinônimo do DIH e, sobretudo, em distinção à expressão *ius ad bellum* (direito à guerra ou direito de fazer a guerra) que designa outro ramo do Direito Internacional, qual seja, o Direito ao Uso da Força. As Convenções de Genebra de 1949 acrescentaram a expressão “conflitos armados” para estender a proteção jurídica às vítimas de confrontos que não poderiam ser tecnicamente classificados como guerras e esta foi a certidão de nascimento da expressão Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA). Já a terminologia Direito Internacional Humanitário (DIH) foi primeiramente utilizada no âmbito do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), nos anos 50, sendo que passou a ser a expressão preferida da doutrina e atualmente tende a ser dominante. As três expressões podem ser consideradas equivalentes, e a escolha de uma ou de outra dependerá essencialmente do costume e do público. Constata-se que as organizações internacionais, as universidades ou ainda alguns Estados preferem a terminologia Direito Internacional Humanitário ou Direito Humanitário, enquanto no seio das Forças Armadas utiliza-se, com mais frequência, as expressões Direito da Guerra ou Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA).

² Conferir art. 85 (5) do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949 e norma 156 do Estudo sobre o Direito Internacional Humanitário Consuetudinário, CICV, 2005.

Para um adimplemento completo e eficaz das obrigações internacionais advindas dos tratados de DIH, em especial as Convenções de Genebra de 1949 e seus respectivos Protocolos Adicionais de 1977³, os Estados Soberanos devem adaptar seus direitos penais e processuais internos, assim como todo seu sistema judiciário, a fim de se tornarem aptos a processar e julgar os supostos criminosos de guerra.

O desafio de conciliar a independência e a imparcialidade dos órgãos de persecução criminal e o necessário conhecimento sobre as especificidades da vida militar pode resumir toda a problemática da repressão nacional dos crimes de guerra⁴.

Longe de ter a pretensão de abordar o assunto em toda sua profundidade, este artigo tem o objetivo de fomentar a reflexão sobre a seguinte questão: qual o papel que a jurisdição militar pode exercer na repressão das violações graves ao Direito Internacional Humanitário?

Nas linhas que se seguem, em um primeiro momento, será examinada a posição do DIH em face da escolha estatal das jurisdições competentes para processar e julgar criminosos de guerra. Nesse contexto, serão verificadas as disposições convencionais existentes, as garantias judiciárias mínimas enunciadas e as origens da incriminação dos crimes de guerra.

Posteriormente, algumas breves considerações serão feitas sobre as jurisdições militares, abordando sua natureza, competência, vantagens e inconvenientes. Uma reflexão sobre a natureza militar dos crimes de guerra será

³ Existe também um Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 2005 que cria o cristal vermelho como símbolo protegido.

⁴ Conferir André Andries «Les travaux du Congrès d'Athènes (mai 1997) de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre (SIDMDG) en matière de répression nationale des violations du DIH» in *CICR* (éd), *Répression nationale des violations du droit international humanitaire (systèmes romano-germaniques)*, Genebra, CICR, 1997, p. 62-63.

inaugurada. Por fim, um diagnóstico da legislação brasileira no que tange às graves violações do DIH será apresentado.

2 O DIREITO INTERNAICONAL HUMANITÁRIO E A ESCOLHA ESTATAL DA JURISDIÇÃO COMPETENTE PARA CRIMES DE GUERRA

Inicialmente, poder-se-ia questionar se existem referências expressas às instâncias judiciárias militares ou ordinárias nos principais tratados do DIH. Duas disposições específicas sobre os tribunais militares são encontradas nas Convenções de Genebra de 1949: uma concernente aos prisioneiros de guerra e outra relativa aos territórios ocupados.

Segundo o art. 84 da III Convenção de Genebra de 1949 (IIICG), um prisioneiro de guerra só pode ser julgado por tribunais militares, a não ser que as leis em vigor no Estado que o mantêm em cativeiro (Potência Detentora) expressamente permitam que os tribunais civis julguem um membro das suas forças armadas pela mesma infração de que é acusado o prisioneiro de guerra. O mesmo artigo estabelece que o tribunal deverá ser independente e imparcial e que os direitos e meios de defesa deverão ser assegurados.

Também a IV Convenção de Genebra de 1949 (IV CG), em seu art. 66 refere os tribunais militares dispondo que o Estado que ocupou o território (Potência Ocupante) poderá, em caso de infração das disposições penais por ela promulgadas⁵, relegar os acusados aos seus tribunais militares, não políticos

⁵ O art. 64 da IV Convenção de Genebra que trata do regime de proteção dos territórios ocupados dispõe que:

“A legislação penal do território ocupado continuará em vigor, salvo na medida em que possa ser revogada ou suspensa pela Potência ocupante, se esta legislação constituir uma ameaça para a segurança desta Potência ou um obstáculo à aplicação da presente Convenção. Sob reserva desta última consideração e da necessidade de garantir a administração efectiva e da

e regularmente constituídos, com a condição de os mesmos tribunais estarem situados no território ocupado. Os tribunais de recurso funcionarão, de preferência, no país ocupado.

Estes dispositivos fomentam alguns questionamentos: Por que as indicações de tribunais militares nestas ocasiões? O julgamento por tribunais militares, nas circunstâncias acima enunciadas, é uma obrigação ou uma faculdade dos Estados? Estas referências expressas aos tribunais militares significam que em todas as outras referências, diretas ou indiretas, às instâncias judiciárias⁶ os redatores das Convenções de Genebra de 1949 quiseram indicar tribunais civis? As referências citadas dizem respeito a crimes de guerra ou a outras categorias de crimes submetidas a tribunais militares?

Os comentários⁷ ao art. 84 da III CG não trazem muitos esclarecimentos sobre os motivos que determinaram a inclusão das referências às instâncias

justiça, os tribunais do território ocupado continuarão a funcionar para todas as infrações previstas por esta legislação.

A Potência ocupante poderá contudo submeter a população do território ocupado às disposições que são indispensáveis para lhe permitir desempenhar as suas obrigações derivadas da presente Convenção e garantir a administração regular do território, assim como a segurança quer da Potência ocupante, quer dos membros e dos bens das forças ou da administração da ocupação, assim como dos estabelecimentos e linhas de comunicação utilizadas por ela.

⁶ Um exemplo de referência direta a um tribunal vem consignado no segundo parágrafo do art. 5º da III Convenção de Genebra, que assim dispõe: Se existirem dúvidas na inclusão em qualquer das categorias do artigo 4.º de pessoas que tenham cometido atos de beligerância e que caírem nas mãos do inimigo, estas pessoas beneficiarão da proteção da presente Convenção, aguardando que o seu estatuto seja fixado por um tribunal competente.

Outro exemplo pode ser encontrado em trecho do art. 146 da IV Convenção de Genebra: «Cada Alta Parte contratante terá a obrigação de procurar as pessoas acusadas de terem cometido ou de ordenado quaisquer infrações graves e entregá-las aos seus próprios tribunais, sem atender à nacionalidade. Poderá também, se o preferir e de harmonia com as determinações da sua própria legislação, enviá-las para julgamento a uma outra Parte contratante interessada, desde que esta Parte contratante tenha produzido contra as pessoas referidas suficientes provas de acusação.

⁷ Os Comentários às Convenções de Genebra foram elaborados pelos redatores daqueles tratados internacionais para retratar as discussões mantidas sobre cada dispositivo e estão disponíveis em: (<http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO?OpenView>). Acesso em 08 de dezembro de 2015.

judiciárias militares, limitando-se a registrar que, em tempos de guerra, os tribunais militares têm suas competências aumentadas e são eles que julgam as infrações às leis militares às quais são submetidos os prisioneiros de guerra.

Já os comentários ao art. 66 da IV CG relembram que a Potência Ocupante poderá submeter os habitantes do território ocupado às disposições que lhe pareçam necessárias para assegurar sua própria segurança, para viabilizar a aplicação da referida Convenção e para implementar a regular administração do território⁸. Desta feita, embora a legislação vigente no território ocupado deva ser respeitada pela Potência Ocupante, esta poderá, excepcionalmente, promulgar leis penais⁹. E para sancionar as violações a esta legislação penal excepcional, à Potência Ocupante é reconhecido o direito de submeter os transgressores a seus próprios tribunais militares. O limitado Poder Legislativo do Ocupante, portanto, é reforçado por um Poder Judiciário concebido para suprir, se for o caso, as deficiências dos tribunais locais.

De qualquer sorte, ambos os artigos se preocupam com uma questão essencial, qual seja, o respeito às garantias judiciárias fundamentais pelos tribunais militares, dentre as quais, a de um tribunal imparcial e independente.

⁸ Esta possibilidade vem expressa no art. 64 da IV CG: A legislação penal do território ocupado continuará em vigor, salvo na medida em que possa ser revogada ou suspensa pela Potência ocupante, se esta legislação constituir uma ameaça para a segurança desta Potência ou um obstáculo à aplicação da presente Convenção. Sob reserva desta última consideração e da necessidade de garantir a administração efectiva e da justiça, os tribunais do território ocupado continuarão a funcionar para todas as infrações previstas por esta legislação. A Potência ocupante poderá contudo submeter a população do território ocupado às disposições que são indispensáveis para lhe permitir desempenhar as suas obrigações derivadas da presente Convenção e garantir a administração regular do território, assim como a segurança quer da Potência ocupante, quer dos membros e dos bens das forças ou da administração da ocupação, assim como dos estabelecimentos e linhas de comunicação, assim como dos estabelecimentos e linhas de comunicação utilizadas por ela.

⁹ Dispõe o art. 65 da IV CG: As disposições penais promulgadas pela Potência ocupante não entrarão em vigor senão depois de terem sido publicadas e levadas ao conhecimento da população, na sua própria língua. Estas disposições penais não podem ter efeito retroativo.

Embora a primeira parte do art. 84 da III CG pareça ter um comando imperativo, a ressalva aos tribunais civis imediatamente apresentada deixa claro que o dispositivo visa a garantir a igualdade de tratamento entre o prisioneiro de guerra e o militar/combatente das Forças Armadas do Estado que o detém (Potência Detentora)¹⁰. Se existe Justiça Militar no Estado, e se um membro das Forças Armadas da Potência Detentora, ao praticar determinado crime, seria a ela submetido, então os tribunais militares deverão também ser a instância judiciária competente para processar e julgar um prisioneiro de guerra pelo mesmo fato.

No que concerne à natureza dos demais tribunais referidos nas Convenções de Genebra de 1949, não há indicativos de que o intuito dos redatores foi sugerir instâncias civis. Aliás, a expressão «tribunais civis» somente aparece no art. 84 da III CG em contraposição à expressão «tribunais militares».

Para refletir sobre as categorias de crimes que poderiam ser submetidas aos tribunais militares, é preciso evocar outros artigos das Convenções de Genebra de 1949. O art. 82 da III CG prevê que os prisioneiros de guerra serão submetidos ao ordenamento jurídico em vigor nas Forças Armadas da Potência Detentora, estando esta autorizada a tomar medidas judiciais cabíveis em caso de infrações. Já nos territórios ocupados, o art. 70 da IV CG indica que a Potência Ocupante poderá processar e julgar pessoas protegidas por infrações às leis e costumes de guerra praticadas, inclusive, antes da ocupação.

Sob a égide destes dispositivos convencionais pode-se concluir que não há restrições do DIH quanto à possibilidade de tribunais militares julgarem hipóteses de crimes de guerra.

¹⁰ Conferir também neste sentido o art. 102 da III CG que assim dispõe: Qualquer sentença contra um prisioneiro de guerra somente é válida quando for proferida pelos mesmos tribunais e segundo os mesmos procedimentos a que estão submetidos os membros das Forças Armadas da Potência Detentora e se as disposições do presente capítulo tiverem sido observadas.

Com efeito, o DIH não se posiciona quanto à escolha dos Estados no que diz respeito às jurisdições competentes para processar e julgar violações graves às Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais. O comando destacado dos tratados humanitários é a obrigação da implementação legislativa pelos Estados¹¹. A definição do ato delitivo, a forma e local de sua integração na ordem jurídica nacional¹², assim como as jurisdições competentes e os procedimentos são deixados ao livre arbítrio dos Estados.

Contudo, ao referir expressamente tribunais militares nos casos de prisioneiros de guerra e territórios ocupados, o DIH reconhece que, nestas circunstâncias excepcionais de conflitos armados, a jurisdição militar tem um papel importante, sobretudo considerando a sua peculiar característica de mobilidade. Em regra, nos direitos internos, somente os tribunais militares têm previsão normativa de deslocamento para o teatro das operações militares em território estrangeiro.

Ainda nesta ótica da necessidade de um tribunal no local dos fatos, poder-se-ia até cogitar de uma deportação ou transferência ilegal¹³ na hipótese de deslocamento de um prisioneiro de guerra, ou de um civil, para ser processado e julgado no território da Potência Detentora, ou da Potência Ocupante, por eventual crime cometido no teatro das operações. Portanto, a submissão destes casos a tribunais militares estabelecidos nos campos de prisioneiros de guerra ou nos territórios ocupados evitaria quaisquer alegações de violação dos tratados de DIH.

¹¹ Conferir neste sentido os arts. 49, 50, 129 e 146 respectivamente, da I, II, III e IV Convenções de Genebra de 1949.

¹² Conferir «Technique d'incorporation de la sanction dans la législation pénale» dos Serviços de Consultoria em DIH do CICV.

¹³ Segundo o art. 8º, 2, "a", vii e "b", viii do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, constituem crimes de guerra a deportação ou transferência ilegais de pessoas protegidas ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território.

Apesar dos tratados de DIH respeitarem a escolha estatal da jurisdição competente para processar e julgar os crimes de guerra, o legislador nacional deverá sempre considerar que estes crimes podem ser cometidos tanto por militares como por civis; que os supostos criminosos de guerra podem ser processados tanto em tempo de paz como em tempo de guerra; e que a apuração destes crimes pode implicar investigações em território estrangeiro ou recurso à cooperação judiciária internacional¹⁴.

3 GARANTIAS JUDICIÁRIAS MÍNIMAS ENUNCIADAS PELO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

Os Estados são livres para escolher as regras que aplicarão em matéria de repressão dos crimes de guerra, contudo isto não significa que esta latitude é incondicional. O DIH impõe algumas condições que os processos e julgamentos nacionais devem satisfazer. Estas exigências convencionais são as garantias judiciárias mínimas que, não por acaso, em grande parte correspondem àquelas enunciadas pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Analisando as quatro Convenções de Genebra de 1949 (CG I, II, III e IV), os seus respectivos Protocolos Adicionais de 1977 (PAI e PAII) – coração normativo do DIH – e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998 (ER), infere-se que o direito nacional deve reconhecer as seguintes garantias¹⁵

- a) a responsabilidade penal individual (PAI: art. 75, par. 4 (b) – PAII: art. 6, par 2 (b) - ER: art. 25);
- b) o princípio *nullum crimen et nulla poena sine lege* (CG III: art. 99, par.

¹⁴ Considerações enunciadas no documento intitulado «Procédure pénale» dos Serviços de Consultoria em DIH do CICV

¹⁵ Garantias judiciárias e respectivas disposições convencionais enunciadas no documento intitulado «Procédure pénale» dos Serviços de Consultoria em DIH do CICV.

- 1 – PA I: art. 75, par. 4 (c) – PA II: art.6, par. 2 (c) – ER: art. 22, par. 1, et 23);
- c) o princípio *non bis in idem* (CG III: art. 86 – CG IV: art. 117, par. 3 – PA I: art. 75, par. 4 (h) - PA II : art. 6, par. 2 (a) - ER: art. 20)
- d) o direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial em tempo razoável (CG III: art. 84, par. 2 – PA I: art. 75, par. 4, – PA II: art. 6, par. 2 – ER: art. 67, par. 1 et 67, par. 1 (c));
- e) o direito de ser informado sobre a infração imputada (CG III: art. 104, par. 2 – CG IV: art. 71, par. 2 – PA I: art. 75 par. 4 (a) – PA II: art. 6, par. 2 (a) – ER: art. 67, par. 1 (a));
- f) os direitos e meios de defesa (CG III: art. 99 et 105 – CG IV: art. 72 et 74 – PA I: art. 75, par. 4 (a) et (g) – PA II: art. 6, par. 2 (a) – ER: art. 67, par. 1 (b), (d), (e) et (f));
- g) a presunção de inocência (PA I: art. 75 par. 4 (d) – PA II: art. 6, par. 2 (d) – ER: art. 66)
- h) o direito de estar presente em seu julgamento (PA I: art. 75 par. 4 (e) – PA II: art. 6, par. 2 (e) – ER: art. 67, par. 1 (d));
- i) o direito de não testemunhar contra si mesmo ou confessar culpa (PA I: art. 75 par. 4 (f) – PA II: art. 6, par. 2 (e) – ER: art. 67, par. 1 (g));
- j) o direito ao pronunciamento público do julgamento (PA I: art. 75 par. 4 (i) - ER: art. 76, par. 4);
- k) o direito de recurso (CG III: art. 106 – CG IV: art. 73 – PA I: art. 75 par. 4 (j) - PA II: art. 6, par. 3).

As garantias do devido processo legal são tão importantes que o seu desrespeito poderá deflagrar a atuação complementar do Tribunal Penal Internacional (TPI). Desta feita, se um crime de guerra for suficientemente grave, e o Estado não submeter o autor a um tribunal imparcial e independente, correrá o risco de atestar internacionalmente a falência da administração de sua justiça. Neste

sentido, o TPI atua como um fiscal do cumprimento das obrigações dos Estados de adequadamente processar e julgar autores de crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra¹⁶.

4 PANORAMA HISTÓRICO DA PERSECUÇÃO DOS CRIMES DE GUERRA

O estudo de algumas fontes históricas do DIH nos revela o seguinte panorama que evidencia uma intrínseca relação entre a persecução dos crimes de guerra e os tribunais castrenses.

O Código de Francis Lieber de 1863¹⁷, que era um manual de instruções destinados aos exércitos dos Estados Unidos da América, dispunha em seu art. 12 que, em caso de infrações individuais as leis e costumes de guerra, a lei marcial era aplicada, sempre que possível, por tribunais militares.

O acordo entre a Grã-Bretanha, o Estado Livre d'Orange e a República Sul Africana, referente à rendição dos Boers assinada em Pretoria, em 1902, prescrevia no art. 4º de seu anexo que o atos contrários às leis e costumes da guerra seriam julgados por uma corte marcial imediatamente após o fim das hostilidades¹⁸.

¹⁶ O crime de agressão, crime internacional também enunciado no art. 5º do ER, somente foi definido durante uma conferência de revisão ocorrida em 2010 em Uganda. Não obstante, a competência do TPI nestas hipóteses está condicionada à existência de 30 ratificações deste ato de revisão e após uma decisão da própria Corte a ser tomada em 2017.

¹⁷ Instrução de 1863 para os exércitos em campanha dos Estados Unidos da America (Código Lieber), *Revista Internacional da Cruz Vermelha*, 1953, pp.401-409, 476-482, 974-980

¹⁸ PARRY, C.(ed), *The Consolidated Treaty Series 1648-1918*, Oceana Publ, vol. 191, p.232.

O art. 28 da Convenção de Genebra de 1906 para a melhora da sorte dos feridos e doentes nas forças armadas em campanha¹⁹ previa que os governos signatários deveriam se empenhar a tomar, ou propor a seus legisladores que tomassem, em caso de insuficiência de seus direitos penais militares, as medidas necessárias para reprimir, em tempo de guerra, os atos individuais de pilhagem, de mau tratamento dos feridos e doentes das forças armadas e para punir, com a usurpação das insígnias militares, o uso abusivo da bandeira e do brasão da Cruz Vermelha por militares e particulares não protegidos.

O tratado de Versalhes de 1919 também citou a jurisdição militar. No art. 228 restou consignado que o governo alemão reconhecia às Potências aliadas e associadas a liberdade de processar perante seus tribunais militares as pessoas acusadas de terem cometido atos contrários às leis e costumes de guerra.

Finalmente, pode-se evocar os Tribunais Militares Internacionais (TMI) de Nuremberg e do Extremo Oriente que, como suas próprias denominações indicam, tinham natureza militar. O estatuto do primeiro constava do anexo do Acordo de Londres de 08/08/1945²⁰ e o estatuto do segundo acompanhava um ato especial do Comandante Supremo das Forças Aliadas no Extremo Oriente de 19/01/1946²¹.

5**UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE AS JURISDIÇÕES MILITARES**

Não é de hoje que a justiça militar é objeto de debate no seio das sociedades. A relação entre a espada e a balança é um paradoxo que assombra

¹⁹ Atos da Conferência de Revisão reunidos em Genebra de 11 de junho a 6 de julho de 1906, Genebra, 1906, pp.277-293

²⁰ RTNU, vol.82, p.279

²¹ Reproduzido em francês in Glaser, S. *Droit International pénal conventionnel*, vol I, Bruxelles, Bruylant, 1970, p.225.

os espíritos dos juristas há muito tempo. Segundo as críticas, a independência e a imparcialidade dos tribunais seria incompatível com a eficácia e a presteza da repressão no meio militar, a manutenção da disciplina castrense, assim como a salvaguarda dos segredos da defesa nacional.

Embora não se referisse aos tribunais militares, e sim ao direito castrense, Emilio Pardo Aspe, magistrado da Suprema Corte de Justiça do México sintetizou esta inquietação no final da primeira metade do século passado: “O direito militar, para o paisano, é semelhante a uma cidadela erguida em lindeiros da Idade Média, abaluartada de enigmas, assediada por secular exigência de legitimação”.

Talvez este debate encontre solo mais fértil nos países que vivenciam uma construção ou uma reconstrução democrática. Algumas democracias têm a tendência de perceber os tribunais militares como um dos braços do antigo regime repressor e nutrem a necessidade de reafirmar que todo o processo político democrático é fundamentalmente civil e laico, e não militar e religioso. Assim, as discussões sobre a competência, independência e mesmo a composição dos tribunais castrenses foram misturadas às considerações políticas, jurídicas, éticas e históricas, podendo favorecer, por vezes, um ambiente de descrédito com relação às jurisdições castrenses. Fato é que a história dos tribunais militares é absolutamente ligada à história da construção de todos os países, que, em grande parte, é obra de militares.

Não é o escopo deste trabalho discutir a legitimidade e a legalidade das justiças militares sob a ótica do Direito Internacional. Contudo, uma realidade é incontestável: apesar das críticas no cenário internacional, a justiça militar permanece em numerosos países, e mesmo nos Estados que recentemente se tornaram independentes, foram criadas instâncias militares para processar e julgar suas forças armadas.

Mesmo aqueles que defendem a extinção das justiças militares admitem que estas cortes especializadas seriam importantes em tempos de guerra, época

verdadeiramente excepcional nas quais as sociedades toleram até que parte de seus direitos sejam derogados em nome de um bem maior, a segurança (ou em alguns casos a sobrevivência) do próprio Estado.

As razões que justificam uma jurisdição militar separada estão diretamente ligadas às especificidades da vida militar que, contrariamente a vida civil, é fundada em dois pilares: a hierarquia e a disciplina. Os tribunais militares encontram sua origem na preocupação em manter a disciplina militar.

Outra questão que parece útil de assinalar sobre a natureza dos tribunais militares é a distinção entre as jurisdições permanentes e os tribunais especiais ou de exceção. A justiça militar não é necessariamente uma justiça de exceção sempre criticável, criada após o cometimento das infrações. Convém notar que os tribunais de exceção estão excluídos na maioria dos países que possuem jurisdições militares separadas.

Tem-se a propensão de vincular a justiça militar a um único critério de competência – o *status* do sujeito ativo do delito – segundo o qual a jurisdição é definida pela condição de militar do infrator. Em outras palavras, uma justiça que julga militares.

Contudo, embora este aspecto seja definitivamente importante, a prática dos Estados nos mostra que não há uniformidade no que tange às regras de competência. Com efeito, outros critérios para a caracterização, exclusivos ou combinados, podem também definir a competência dos tribunais militares nacionais. Por exemplo, a natureza da infração, o local dos fatos, o *status* da vítima ou a circunstância de tempo de guerra ou de paz no momento da infração.

Feitas algumas considerações sobre as instâncias judiciárias militares, interessa agora pontuar as eventuais vantagens e inconvenientes deste sistema jurídico especializado na investigação, processo e julgamento das graves violações do DIH.

A jurisdição competente para os crimes de guerra deve ser ao mesmo tempo independente e eficaz. Para tanto, são necessários meios de conhecer rapidamente, diretamente e efetivamente o fato e suas circunstâncias que, nestes casos, se desenrolam na zona de operações militares. É por isso que uma proximidade com o meio militar se revela indispensável. Em verdade, não existe outra maneira de assegurar uma apreciação consequente da legalidade das operações, assim como facilitar uma produção eficiente das provas.

Ainda que não haja dúvidas de que um agente não estatal também possa cometer um crime de guerra, somente um conhecimento especializado sobre as circunstâncias que cercam o universo bélico poderá trazer necessários aportes para uma investigação adequada e um julgamento justo dos responsáveis por crimes de guerra.

Muitas vezes os crimes de guerra ocorrem longe do território nacional e será necessário o deslocamento dos órgãos de persecução penal para se efetivar a prestação da tutela jurisdicional. Neste contexto, reitera-se que a mobilidade deve ser também sublinhada como uma característica positiva das jurisdições militares que costumam ser as únicas com previsão legal, estrutura e experiência de desdobramento para o local das hostilidades em território estrangeiro.

A celeridade processual e os efeitos na disciplina militar são também vantagens importantes. A familiaridade dos investigadores e dos tribunais militares com as normas do Direito Internacional Humanitário é um outro aspecto a ser acentuado. Aliás, são as próprias Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais que exigem a difusão do DIH, sobretudo no seio das instituições militares²². Também existe a previsão convencional de assessores

²² Cf. artigos 47/48/127/144 respectivamente da I, II, II e IV Convenções de Genebra de

jurídicos especializados em DIH para aconselhar os comandantes militares²³. Estas obrigações internacionais devem ser cumpridas pelos Estados desde os tempos de paz.

Entre os inconvenientes de se processar e julgar crimes de guerra por jurisdições militares, costumam ser citados: a eventual falta de imparcialidade e independência, como por exemplo o risco das instâncias judiciárias militares se tornarem uma justiça de casta e o risco de subordinação ao poder executivo. O não respeito às garantias judiciárias mínimas, o segredo militar e um orçamento limitado são, por vezes, também pontuados como obstáculos a uma boa administração da justiça por tribunais militares.

Como visto, a grande questão relativa às justiças militares no ambiente internacional não orbita nas razões que justificam a sua existência como jurisdição especializada, e sim na preocupação com o respeito às garantias judiciárias internacionalmente reconhecidas, das quais se destaca o direito a um tribunal imparcial e independente.

Desta feita, sob a égide do Direito Internacional, compete ao Estado que escolher manter ou criar uma jurisdição militar, formular estatutos jurídicos que permitam uma atuação qualificada e independente dos seus quadros, além de prever em suas normas todas as garantias do devido processo legal.

Imperioso também registrar que, em estudo da extinta Subcomissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a

1949 e artigos 83/19 respectivamente dos I e II Protocolos Adicionais de 1977.

²³ Conferir o art. 82 do Protocolo Adicional I de 1977.

administração da justiça por tribunais militares²⁴, são evidenciados indicativos da pertinência entre a temática do DIH e as jurisdições castrenses.

Segundo o princípio de número 2 do aludido estudo, os tribunais militares deveriam aplicar, em qualquer caso, as normas e procedimentos reconhecidos no âmbito internacional em garantia de um juízo imparcial, incluídas as normas do Direito Internacional Humanitário.

Já o princípio de número 4, denominado de «aplicação do Direito Internacional Humanitário» dispõe que, em período de conflitos armados, os princípios do Direito Humanitário, em particular as disposições da Convenção de Genebra sobre prisioneiros de guerra, aplicam-se plenamente aos órgãos judiciais militares.

6 CRIME DE GUERRA: UM CRIME DE NATUREZA MILITAR

Apesar dos argumentos já apresentados sobre a validade e as vantagens da jurisdição militar na persecução dos crimes de guerra, é preciso ir além e refletir sobre a própria natureza desta espécie de crime internacional.

Os crimes de guerra constituem as violações graves ao Direito Internacional Humanitário que limita o uso da violência em conflitos armados e

²⁴ Conferir E/CN.4/2006/58, de 13 de janeiro de 2006. Este estudo sobre a administração da Justiça por tribunais militares elaborou princípios e recomendações para os Estados e foi presidido por Emanuel Decaux.

são a mais antiga das categorias de crimes internacionais. Foi sob esta imputação que se deram os primeiros julgamentos penais internacionais²⁵.

A definição de crimes de guerra constou, com elementos diferenciados, no estatuto do Tribunal de Nuremberg de 1945 (art. 6º, b), nas Convenções de Genebra de 1949 (arts. Art. 50 – CG I, art. 51 – CG II, art. 130 – CG III, art.147 – CG IV), nos estatutos dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia (art. 3º) e para Ruanda (art. 4º) e no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (art. 8º). Contudo, a existência de um conflito armado e o nexo do delito com este conflito são pré-requisitos comuns a todas as definições.

Uma grande inovação ocorreu no estatuto do TPI *ad hoc* para Ruanda em que, pela primeira vez, foi expressamente reconhecida a categoria de crimes de guerra no âmbito de um conflito armado não-internacional. A jurisprudência do TPI *ad hoc* para a antiga Iugoslávia também se pronunciou neste sentido, mas foi criticada pelo fato de a hipótese não constar no estatuto do tribunal.

O Estatuto de Roma que criou o TPI, tratado internacional mais moderno e mais técnico do Direito Internacional Penal, reconheceu expressamente crimes de guerra em conflitos armados internacionais (CAI) e em conflitos armados não internacionais (CANI). Da sua sistemática, deflui-se que foram estabelecidas quatro categorias de crimes de guerra, conforme as fontes de DIH.

²⁵ O primeiro julgamento que a doutrina aponta é o de Peter Von Hagenbach, ocorrido na Alemanha, em 1474. Ao acusado, que tinha sido nomeado Governador da cidade de Breisach pelo Duque Charles de Borgonha, foi imputado o fato de, mesmo não sendo o momento de hostilidades, ter autorizado suas tropas a estuprar, matar civis inocentes e pilhar propriedades. O Duque Charles de Borgonha tinha sido derrotado por uma aliança composta pela França, Áustria e forças do Alto Reno que organizaram o julgamento. Embora o acusado tenha alegado que cumpria ordens superiores, foi condenado e executado por ter violado “leis Divinas e Humanas”.

A primeira categoria enumerada no art. 8º do ER corresponde às violações graves às Convenções de Genebra de 1949, que configuram o denominado Direito de Genebra²⁶, fundado sobre a noção de pessoa protegida que é o sujeito passivo desta modalidade de crime.

Esta categoria de crimes de guerra diz respeito a CAI e podemos citar como exemplos as seguintes condutas contra pessoas protegidas: homicídio doloso; tortura ou outros tratamentos desumanos; ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde; destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária; ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga; privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial; deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade e tomada de reféns.

A segunda categoria se refere às leis e costumes de guerra também no contexto de um CAI, parte do *ius in bello* chamada de Direito de Haia²⁷ que é

²⁶ O chamado “Direito de Genebra” constitui a vertente essencialmente humanitária do DIH, cuja base é o princípio da humanidade, que visa à proteção das pessoas que não participam das hostilidades ou estão fora de combate por motivo de ferimentos, doenças, naufrágios ou detenção pelo inimigo. O início do desenvolvimento deste ramo do *ius in bello* remonta à primeira Convenção de Genebra, de 1864, e encontra seu ápice nas Convenções de Genebra de 1949.

²⁷ Convencionou-se chamar a vertente mais antiga do DIH de Direito de Haia porque o início da codificação da matéria se deu naquela cidade holandesa, como testemunham as duas Conferências Internacionais da Paz, de 1899 e 1907. Esta vertente do DIH baseia-se no princípio da limitação e objetiva regulamentar a condução das hostilidades restringindo meios e métodos de combate e proibindo o uso de determinadas armas.

fundada no princípio da limitação dos meios e métodos de combate. Nesta hipótese, não se exige que a vítima seja uma pessoa protegida, uma vez que o foco de proteção recai sobre os próprios combatentes.

São alguns exemplos desta categoria de crimes de guerra: dirigir intencionalmente ataques à população civil; dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja, bens que não sejam objetivos militares; lançar intencionalmente um ataque, sabendo que causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa; atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares; matar ou ferir um combatente que tenha deposto armas; utilizar indevidamente uma bandeira de trégua, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves; dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares; matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo; declarar que não será dado quartel; destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que tais destruições ou apreensões sejam imperativamente determinadas pelas necessidades da guerra; declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis em tribunal os direitos e ações dos nacionais da parte inimiga; utilizar a presença de civis ou de outras pessoas protegidas para evitar que determinados pontos, zonas ou forças militares sejam alvo de operações militares; provocar deliberadamente a inanição da população civil como método de guerra.

Além das normas já consagradas pelo direito costumeiro, o ER trouxe algumas inovações, como a proteção de missões humanitárias e de missões de paz e a proibição de danos ao meio ambiente. Incluiu-se ainda a conduta de transferir para os territórios ocupados parte da população da potência ocupante. Os crimes de natureza sexual também experimentaram uma considerável evolução e inseriu-se como crime o recrutamento ou alistamento de crianças menores de 15 anos. Também está tipificado o uso de algumas armas proibidas.

A terceira categoria de crimes de guerra diz respeito aos conflitos armados não internacionais (CANI) contemplados pelo art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra. Os sujeitos passivos são as pessoas protegidas, assim consideradas aquelas que não tomam parte das hostilidades. São proibidos: atos de violência contra a vida e contra a pessoa; ultrajes à dignidade da pessoa; a tomada de reféns; as condenações proferidas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis.

Por fim, a última categoria de crimes de guerra prevista no ER elenca hipóteses ocorridas em CANI. Este item representa uma grande inovação do Direito Internacional Penal ainda não contemplada pelas normas costumeiras. Mesmo que em menor extensão, tentou-se garantir proteção assemelhada àquela decorrente da alínea “b” do item 2 do art. 8º que trata da limitação de meios e métodos de combate em conflitos armados internacionais cujos exemplos de condutas criminosas foram acima mencionados.

Após estas considerações sobre os crimes de guerra, impende analisar o que são crimes militares.

Em verdade, cada Estado tem um critério para definição de crime militar e, sob a ótica do Direito Internacional convencional, não existe uma conceituação preestabelecida. Diferentes sistemas penais militares criminalizam diferentes tipos de comportamento ilegal, daí a dificuldade de serem definidos parâmetros internacionais.

Em linhas gerais, um crime tipicamente militar pode ser definido como uma grave violação contra a capacidade, prontidão para o combate, hierarquia, disciplina e eficiência das Forças Armadas. O nexó da conduta praticada com o ofício específico da função militar costuma ser um denominador comum.

O já mencionado estudo da ONU sobre a administração da justiça por tribunais militares apresenta uma percepção acerca dos crimes militares ao enunciar que a competência dos órgãos judiciais militares deveria estar limitada às infrações cometidas dentro do âmbito estritamente castrense pelo pessoal militar²⁸.

Quanto ao aspecto objetivo das considerações acima enunciadas – infrações cometidas no âmbito estritamente militar – parece que a intenção foi referir o universo militar, sua zona de atividade especializada, seu campo de atuação diferenciado. Em breve análise, esta especificidade da vida e do ambiente militar é o que justifica a existência de um direito penal militar autônomo, mas não plenamente independente, do direito penal comum.

Já no que tange ao aspecto subjetivo da percepção do estudo da ONU sobre o que seria um crime militar – infrações cometidas pelo pessoal militar – a prática dos Estados evidencia que a condição de militar do sujeito ativo é um

²⁸ Conferir princípios nr. 8 e 20 em E/CN.4/2006/58, de 13 de janeiro de 2006. Este estudo sobre a administração da Justiça por tribunais militares elaborou princípios e recomendações para os Estados e foi presidido por Emanuel Decaux.

elemento importante, mas não determinante, da competência das jurisdições castrenses ou mesmo da conceituação de crime militar.

Sob a égide do direito comparado, crimes militares podem incluir, mas não se limitam a condutas como: evitar o serviço militar, ausência desautorizada, deserção, traição, insubordinação, homicídio e crimes cometidos em tempos de guerra, tais como entregar-se ao inimigo ou violar gravemente o Direito Internacional Humanitário²⁹.

Um levantamento sobre a Justiça Militar na América Latina³⁰ destacou a existência de categorias de crimes militares na região, conforme o bem jurídico tutelado:

- a) crimes contra o poder do Estado (traição, espionagem, sabotagem, conspiração);
- b) crimes contra os princípios de obediência à ordem e não deliberação (rebelião, sedição, motim, sublevação);
- c) crimes contra a manutenção da disciplina (deserção, insubordinação, abuso de autoridade, desobediência, abandono de posto);
- d) crimes que representam ultraje à instituição militar (crimes contra a simbologia militar ou nacional, uso indevido de uniforme, afronta à autoridade de sentinela);
- e) crimes contra o Direito Internacional Humanitário que começam a ser tipificados em alguns códigos de justiça militar da região;
- f) crimes especiais que se dividem em crimes contra a vida e a integridade

²⁹ Vashakmadze, Mindia, Guidebook, Understanding Military Justice, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), 2010.

³⁰ Rial, J. *La justicia militar: entre la reforma y la permanencia*. - 1a ed. - Buenos Aires: RESDAL, 2010.

física (homicídio, lesões corporais), crimes contra a propriedade (furto, roubo, estelionato) e crimes contra a administração pública (fraude, desfalque, falsificação).

Talvez o seguinte silogismo simplista possa inaugurar a reflexão: o DIH regulamenta os conflitos armados e limita o uso da força; o preparo para uso da força em combate, na defesa do Estado, define a ocupação profissional dos militares; logo, o DIH impõe regras que afetam diretamente o ofício castrense e, portanto, violar gravemente o DIH, outrora denominado Direito da Guerra, representa cometer um crime de natureza militar.

É evidente que nem todo o combatente³¹ é um militar e que cada vez mais agentes não estatais se engajam em conflitos armados e violam as regras do DIH durante os afrontamentos armados. Contudo, mesmo que o grave desvio em combate seja perpetrado por um civil, tal circunstância não tem o condão de desnaturar a essência militar/bélica do crime praticado.

Vale relembrar que a vertente do DIH baseada no princípio da limitação, que restringe meios e métodos de combate – o chamado Direito de Haia – é especificamente endereçada ao combatente (militar ou não), dispondo sobretudo o que ele não pode fazer durante os afrontamentos armados.

³¹ Segundo o art. 4.º da CG III existem três categorias de combatentes regulares: 1) membros das Forças Armadas; 2) milícias, corpos de voluntários e movimentos de resistência desde respeitadas algumas condições; 3) levantamento em massa que se corresponde à população de um território não ocupado que, à aproximação do inimigo, pega espontaneamente em armas, para combater as tropas de invasão, sem ter tido tempo de se organizar em força armada regular, desde que transporte as armas à vista e respeite as leis e costumes da guerra.

Poder-se-ia, ainda, cogitar que o respeito ao *ius in bello* necessariamente comprometeria o êxito militar em combate, uma vez que restringe o uso da força nos conflitos armados. Contudo, se conseguirmos aceitar a filosofia do DIH e crer que é possível ganhar uma guerra respeitando as normas que regulamentam as hostilidades, então afastaremos esta equivocada percepção de que o direito atrapalha a batalha e compreenderemos, com mais facilidade, a essência militar dos crimes de guerra.

Na realidade, o DIH é um valor ético a ser respeitado durante os conflitos armados e os crimes de guerra são o mais grave erro funcional que um profissional da guerra pode cometer.

O respeito ao DIH decorre de obrigações internacionais assumidas pelos Estados e pode trazer mais legitimidade para uma operação militar.

Conforme já visto, constituem crimes de guerra, por exemplo, a destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária.

Também é considerada uma grave violação do DIH, lançar intencionalmente um ataque, sabendo que isto causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa.

Necessidade militar concreta ou vantagem militar concreta e direta esperada em momentos de conflitos armados são elementos normativos de natureza estritamente castrense.

Ademais, nuances relativas à responsabilidade de comando ou ao uso da força no teatro das operações de guerra podem não ser facilmente interpretadas e compreendidas fora de uma perspectiva familiarizada com o *ethos* militar.

7

O DEFICIT LEGISLATIVO NO BRASIL

Embora o Brasil tenha demonstrado um compromisso internacional ao se vincular à maioria dos tratados de Direito Internacional Humanitário, por meio dos quais se obriga a criminalizar condutas na legislação nacional, verdade é que impera um *deficit* legislativo no ordenamento jurídico pátrio.

O Brasil assinou o Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional em 07/02/2000, o Congresso Nacional aprovou-o em 06/06/2002, através do Decreto Legislativo 112 e, após apresentação do instrumento de ratificação em 14/06/2002, o Estatuto de Roma passou a ter vigência no Brasil em 01/09/2002³². No plano interno, o tratado foi promulgado em 25/09/2002 por meio do Decreto nº 4.388.

³² Este decurso de tempo entre a ratificação e a entrada em vigor para o Brasil ocorreu em virtude do disposto no art. 126 do Estatuto de Roma que dispõe que o tratado entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas. O artigo ainda acrescenta que em relação ao Estado que ratifique, aceite ou aprove o Estatuto, ou a ele adira após o depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão, o Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do respectivo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão.

Ocorre que, para não perder a oportunidade de demonstrar uma posição firme perante a comunidade internacional, o país ratificou o ER sem operar mudanças constitucionais ou legislativas necessárias. Embora a emenda constitucional 45/2004 tenha inserido na Constituição Federal norma que dispõe que o Brasil se submete ao tribunal penal internacional ao qual tenha manifestado adesão, ainda não há uma lei de implementação do TPI no ordenamento jurídico interno.

Segundo exigências constitucionais decorrentes da compreensão estrita do princípio da legalidade dos delitos e das penas, quando se tratar de incriminação de condutas, é imprescindível a aprovação de uma lei interna descrevendo os tipos penais. Os crimes de guerra previstos no ER não encontram plena equivalência no direito pátrio, não obstante o Brasil seja, desde 1957, parte das Convenções de Genebra de 1949, por meio das quais se obrigou a incriminar as graves violações do *ius in bello* em seu direito interno.

O país conhece uma categoria de crimes chamada “crimes militares em tempo de guerra” que compõe o Livro II do Código Penal Militar (CPM). Apesar desta terminologia análoga, os atos incriminados pelo direito penal militar brasileiro não coincidem com o que se entende por crimes de guerra a luz do direito internacional. Em verdade, os crimes militares em tempo de guerra visam proteger a eficiência da força e não restringir meios e métodos de combate ou proteger quem não participa das hostilidades.³³

³³ Cf. STEINER, S., BADARÓ, G., MOURA, M-T, DAL MASO JARDIM, T. “Relatório elaborado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)”, in : AMBOS, K., MALARINO, E. (éd.), *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina Y España*, Bonn, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., 2003, note 81, p. 131.

Algumas condutas previstas no art. 8º do ER que dispõe sobre os crimes de guerra, com esforço interpretativo, poderão encontrar tipos penais aproximados na legislação penal brasileira, embora o princípio da taxatividade, corolário do princípio da legalidade dos delitos e das penas, possa restar comprometido. São exemplos de crimes nacionais que poderiam abarcar determinados crimes de guerra: o homicídio, a tortura, as lesões corporais, o dano, o furto, o roubo, a extorsão, o saque, o sequestro e o cárcere privado e os crimes sexuais.

No entanto, outras condutas previstas no art. 8º do ER precisariam de uma manobra jurídica para serem subsumidas a tipos penais de direito interno, metodologia que é vedada pelo direito penal³⁴.

³⁴ São exemplos de crimes de guerra que evidenciam a defasagem da legislação brasileira face ao direito internacional: o ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga; privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial; deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade; lançar intencionalmente um ataque, sabendo que isto causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa; atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares; utilizar indevidamente uma bandeira de trégua, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves; a transferência, direta ou indireta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território; declarar que não será dado quartel; declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis em tribunal os direitos e ações dos nacionais da parte inimiga; obrigar os nacionais da parte inimiga a participar em operações bélicas dirigidas contra o seu próprio país, ainda que eles tenham estado ao serviço daquela parte beligerante antes do início da guerra; utilizar veneno ou armas envenenadas; utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou outros gases ou qualquer líquido,

Com o objetivo de colmatar estas lacunas legislativas, tramita no Congresso Nacional um projeto de lei³⁵ que dispõe sobre o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do TPI, além de instituir normas processuais específicas e dispor sobre a cooperação com o TPI.

O projeto foi elaborado por um Grupo de Trabalho composto de juristas de vários segmentos com uma linguagem e estrutura típicas da ordem jurídica brasileira, tornando mais inteligível ao operador do direito nacional as disposições do Estatuto de Roma. O projeto é constituído de 131 artigos divididos em oito títulos.

Os crimes de guerra foram tratados no título IV que foi dividido em três capítulos: disposições gerais, conflitos armados de caráter internacional e conflitos armados de caráter não-internacional. O texto classificou os crimes de guerra unicamente com relação aos tipos de conflitos armados, ou seja, em duas categorias, o que parece simplificar a sistematização complexa retida pelo Estatuto de Roma, que utilizou os instrumentos internacionais do DIH e o direito consuetudinário como critérios de classificação. O projeto traz inovações no direito interno, como por exemplo, a inclusão do conceito de conflito armado internacional, que prescinde da declaração formal de guerra, e a referência ao conflito armado interno³⁶.

material ou dispositivo análogo; utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobrem totalmente o interior ou possuem incisões; utilizar armas, projéteis; materiais e métodos de combate que, pela sua própria natureza, causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do direito internacional aplicável aos conflitos armados.

³⁵ Projeto de Lei nr.4038/2008, apensado ao PL 301/2007, cuja tramitação na Câmara dos Deputados está disponível em www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410747.

³⁶ Conferir art. 38 do PL 4038/2008.

A competência da Justiça Militar da União para processar e julgar crimes internacionais foi calorosamente debatida no referido Grupo de Trabalho. Interessante registrar que, a convite do GT, também participaram militares das Forças Armadas em algumas discussões, os quais trouxeram aportes importantes no que tange à definição de crimes de guerra e quanto ao funcionamento da Justiça Militar em teatros de operações³⁷.

Decidiu-se pela inclusão da Justiça Militar como instância judiciária competente para processar e julgar os crimes de guerra e outros crimes internacionais em determinadas circunstâncias. Contribuíram para esta conclusão o fato da Justiça Militar da União ser uma justiça especializada que integra o Poder Judiciário e ter uma composição mista, de juízes civis e militares, além de sua peculiar característica de mobilidade³⁸.

E como a Justiça Militar da União só julga crimes militares, para operacionalizar a competência dessa instância judiciária especializada, o projeto considerou os crimes de guerra – violações graves aos DIH – como crimes de natureza militar, acrescentando o art. 10-A ao Código Penal Militar Brasileiro, com a seguinte redação do *caput*:

art. 10-A. São também crimes militares, sujeitos à lei brasileira, ainda que cometidos fora do território nacional, os crimes de guerra, qualquer que seja o seu agente, e os crimes de genocídio, contra a humanidade e contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, quando praticados por militar ou combatente.

³⁷ Cf. LORANDI, A. (Coordenadora), *Tribunal Penal Internacional – Implementação do Estatuto de Roma no Brasil*, Brasília, Ministério Público Militar, 2007, pág. 17

³⁸ Cf. LORANDI, A. (Coordenadora), *Tribunal Penal Internacional – Implementação do Estatuto de Roma no Brasil*, Brasília, Ministério Público Militar, 2007, pág. 80

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As justiças militares podem ter um papel muito importante no que concerne à investigação, processo e julgamento das graves violações do Direito Internacional Humanitário, sobretudo no aspecto da eficácia da prestação jurisdicional.

No contexto da neutralidade do DIH quanto à escolha das jurisdições competentes, a jurisdição militar se revela uma opção válida, desde que as garantias judiciárias mínimas sejam respeitadas, dentre as quais, a de um tribunal imparcial e independente. Para uma efetiva e eficaz investigação e repressão desta modalidade de crime, uma expertise militar é fundamental. Condenar, de plano, a justiça militar representa negligenciar as consideráveis vantagens que só uma justiça especializada, célere e móvel pode oferecer.

O DIH representa um imperativo ético na arte da guerra e a guerra é o mister dos militares. Desta feita, os crimes de guerra, ainda que possam também ser praticados por agentes não estatais, são crimes de natureza militar, uma vez que constituem as graves violações das normas internacionais que devem ser respeitadas em conflitos armados.

O Brasil assumiu obrigações internacionais ao se vincular aos principais tratados de DIH e tem o dever de cumpri-las. Além disso, tropas nacionais participam de missões de Paz da ONU³⁹ e faz parte da Estratégia Nacional de

³⁹ Embora não sejam considerados tecnicamente combatentes, os integrantes de uma missão de manutenção da paz devem respeitar os princípios e normas do Direito Internacional Humanitário (DIH) quando engajados no combate, em legítima defesa da missão ou se estritamente necessário para o cumprimento do mandato. Nestas excepcionais hipóteses

Defesa incrementar o adestramento e a participação das Forças Armadas em operações internacionais⁴⁰. Ainda que remota a probabilidade, a defasagem da legislação penal brasileira pode ensejar uma possibilidade normativa de existência de um caso no Tribunal Penal Internacional, circunstância que atestaria a falência da administração da Justiça brasileira.

Considerando que o Brasil busca se destacar com mais protagonismo no cenário internacional, importante, necessária e urgente se mostra a aprovação do projeto de lei que internaliza os crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma, dentre eles os crimes de guerra. Assim, o país demonstrará que cumpre seus compromissos internacionais assumidos por tratados e ratificará, no seu ordenamento jurídico, que os valores do Direito Humanitário norteiam o treinamento e o emprego de suas Forças Armadas.

9 REFERÊNCIAS

I – Livros

AMBOS, K.; MALARINO, E. (éd.), *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina Y España*, Bonn, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., 2003.

de uso da força, se houver grave violação do DIH, poderemos estar diante de um crime de guerra praticado por um *peacekeeper*.

⁴⁰ Cf. Estratégia Nacional de Defesa aprovada pelo Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008 do Presidente da República.

ANDREU-GUZMÁN, F. *Military jurisdiction and international law, Military courts and gross human rights violations* (vol 1), Genève: Interational Commission of Jurists, 2004.

CASSESE; GAETA; JONES; (eds), *The Rome statute of International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2002.

COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX ROUGE (éd), *Punishing Violations of International Humanitarian Law at the National Level, A Guide for Common Law States*, Genève: CICR, 2001.

COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX ROUGE (éd), *Répression nationale des violations du droit international humanitaire* (systèmes romano-germaniques), Genève: CICR, 1997.

DAVID, E. *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles: Bruylant, 2002.

LA ROSA, A.M., *Dictionnaire de Droit International Pénal*, Termes choisis, Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

LAMBERT ABDELGAWAD, E (Dir.), *Juridictions Militaires et Tribunaux d'Exception em mutation: perspectives comparées et internationales*, Paris: Agence universitaire de la Francophonie, 2007.

LORANDI, A. (Coordenadora), *Tribunal Penal Internacional – Implementação do Estatuto de Roma no Brasil*, Brasília: Ministério Público Militar, 2007.

NOLTE, G. (Ed.), *European Military Law Systems*, Berlin: De Gruyter Recht, 2003.

RANT, J. W. *Courts-martials, discipline, and the criminal process in the Armed Services*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2003.

RIAL, J., *La justicia militar: entre la reforma y la permanencia*. - 1a ed. - Buenos Aires: RESDAL, 2010.

SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DROIT MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE, Recueil du XI Congrès International – Edinburgh, 1988: *La mise en oeuvre du Droit International Humanitaire au niveau national, spécialement eu égard au développement de la guerre moderne*, Bruxelles, 1989.

SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DROIT MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE, *Recueil du XIV Congrès International – Athenes*, 1997: *Investigation et poursuite des violations du droit des conflits armés*, Bruxelles, 1999.

SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DROIT MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE, *Recueil du Séminaire concernant la juridiction militaire – Rhodes*, 2001

SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DROIT MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE, *Recueil du XVI Congrès International – Rome*, 2003: *Compatibilité des systèmes juridiques nationaux avec le statut de la Cour Pénale Internationale Permanente*, Bruxelles, 2003.

VASHAKMADZE, M., *Guidebook, Understanding Military Justice*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), 2010.

II – Artigos

HENZELIN, M., «La compétence universelle et l'application du droit international pénal en matière de conflits armés. La situation en Suisse (affaire Niyonteze)», in: BURGORGUE-LARSEN, L. (dir), *La répression internationale du génocide rwandais*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 155-174

MUNDIS D. A., «The Use of Military Commissions to Prosecute Individuals Accused of Terrorist Acts», *AJIL*, vol. 96, 2002, pp. 320-328.

SASSOLI, M. «Le génocide rwandais, la justice militaire suisse et le droit international», *RSDIE*, 2002, vol 12, pp. 151-178

SASSOLI M., «La guerre contre le terrorisme, le droit international humanitaire et le statut des prisonniers de guerre», *Annuaire canadien de Droit international*, 2001, pp. 211-252.

SCHABAS, W. «National courts finally begin to prosecute genocide, the “crime of crimes”», *JICJ*, 2003, vol 1, pp. 39-63

SLAUGHTER A-M., «Secret Trial by Military Commission Is Not Justice», *International Herald Tribune*, 19 November 2001.

STEINER, S., BADARÓ, G., MOURA, M-T, DAL MASO JARDIM, T. “Relatório elaborado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)”, *in*: AMBOS, K., MALARINO, E. (éd.), *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina Y España*, Bonn, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., 2003.

III – Documentos oficiais

Acordo de Londres de 8 de outubro de 1945, RTNU, vol.82, p.279.

Acordo entre a Grã-Bretanha, o Estado Livre d`Orange e a República Sul Africana concernente a rendição dos Boers, assinado à Pretoria, em 1902, PARRY, C.(ed), *The Consolidated Treaty Series 1648-1918*, Oceana Publ, vol. 191, p.232.

CICV, «Procédure pénale», Serviço Consultivo em Direito Internacional Humanitário.

CICV, «Technique d`incorporation de la sanction dans la législation pénale», Serviço Consultivo em Direito Internacional Humanitário.

Convenção americana relativa aos direitos humanos, RTNU, vol MCXLIV, p. 183.

Convenção de Genebra de 1906 para a melhoria da sorte dos feridos e doentes nas Forças Armadas em campanha, Actes de la Conférence de Révision, reunidos em Genebra de 11 de junho a 6 de julho de 1906, Genebra, 1906, pp.277-293.

Convenção (I) de Genebra para a melhoria da sorte dos feridos e enfermos das forças armadas em campanha, 12 de agosto de 1949, *Atos da Conferência diplomática de Genebra de 1949*, vol I, Berna, Departamento Político Federal, pp. 205-224.

Convenção (II) de Genebra para a melhoria da sorte dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar, 12 de agosto de 1949, *Atos da Conferência diplomática de Genebra de 1949*, vol I, Berna, Departamento Político Federal, pp. 225-242.

Convenção (III) de Genebra relativa ao tratamento de prisioneiros de guerra, 12 de agosto de 1949, *Atos da Conferência diplomática de Genebra de 1949*, vol I, Berna, Departamento Político Federal, pp. 243-293.

Convenção (IV) de Genebra relativa a proteção das pessoas civis em tempos de guerra, 12 de agosto de 1949, *Atos da Conferência diplomática de Genebra de 1949*, vol I, Berna, Departamento Político Federal, pp. 294-335.

Comitê dos Direitos Humanos, Observação Geral 13, Artigo 14 (21ª sessão, 1984), Compilação dos comentários gerais e Remendações gerais adotadas pelos órgãos dos tratados, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 (1994).

E/CN.4/2006/58, de 13 de janeiro de 2006, Projeto de Princípios sobre a Administração da Justiça por Tribunais Militares.

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, Doc. NU A/CONF.183/9, 17 de julho de 1998.

Instrução de 1863 para os exércitos em campanha dos Estados Unidos da América (Código Lieber), *Revista Internacional da Cruz Vermelha*, 1953, pp.401-409, 476-482, 974-980.

Proclamação especial do Comandante Supremo das Forças Aliadas no Extremo-Oriente, feita em Tóquio, em 19 de janeiro de 1946, Reproduzido em francês in Glaser, S. *Droit International pénal conventionnel*, vol I, Bruxelles, Bruylant, 1970, p.225.

Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo a proteção de vítimas de conflitos armados internacionais (Protocolo I), 8 de junho de 1977, *Os Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*, Genebra, CICV, 1977, pp.91-103. pp.3-89.

Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo a proteção de vítimas de conflitos armados não internacionais (Protocolo II), 8 de junho de 1977, *Os Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*, Genebra, CICV, 1977, pp.91-103.

A (IM)POSSIBILIDADE DE SE PUNIR OS CRIMES DA DITADURA MILITAR

THE (IM) POSSIBILITY OF PUNISHING
CRIMES OF MILITARY
DICTATORSHIP

Péricles Ribeiro Neto

Advogado

Pesquisador-Discente do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo breve análise da Lei de Anistia em confronto com a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Gomes Lund *vs* Brasil”, em que o Brasil foi condenado pela omissão de investigar os crimes cometidos durante a Ditadura Militar. Para tanto, primeiramente, será abordada a impossibilidade de revisão da Lei Anistia. Nessa esteira, o presente trabalho demonstrará os reflexos caso a Lei seja invalidada e pretenda-se punir os crimes da ditadura militar.

PALAVRAS-CHAVES: Direto constitucional. Direito internacional. Direito penal. Direitos humanos. Lei de Anistia.

ABSTRACT: This article aims to analyze the amnesty law in conflict with the decision of the Inter-American Court of Human Rights in the case “Gomes Lund

vs Brazil”, in which Brazil was condemned by the failure to investigate crimes committed during the military dictatorship. Therefore, it made an analysis of the Brazilian case the impossibility of revision of the amnesty law. On this track, the work will examine the consequences if the law is invalidated.

KEYWORDS: Constitucional law. Internacional right. Criminal law. Human rights. Amnesty law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Lei de Anistia – 3. Os Tratados de direitos humanos – supremacia da Constituição – 4. Impossibilidade de se punir os crimes cometidos na Ditadura Militar – 4.1 Generalidade dos crimes contra a humanidade (crimes lesa-humanidade) – 4.2 Prescrição – 4.3 Crime de tortura – 4.4 Crime de desaparecimento forçado – 5. Conclusão. – 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, cabe esclarecer que o tema é bastante amplo e complexo, e, portanto, é impossível esgotá-lo em poucas páginas. O presente trabalho tem por objetivo, tão somente, trazer uma visão, à luz da Constituição da República, acerca da impossibilidade de se punir os crimes cometidos ao longo da ditadura militar.

Ultimamente, o tema da Lei de Anistia, que envolve o conflito de normas inerentes à dignidade da pessoa humana, vem gerando polêmicas, já que está em discussão no Supremo Tribunal Federal, no âmbito das ADPF's 320 e 153. De um lado, a Constituição Federal prevê um rol taxativo de crimes imprescritíveis, dentre os quais não se encontram os crimes anistiados pela Lei 6.683/79. Esse rol não pode ser ampliado, pois é abarcado por cláusula pétrea da Constituição, já que a prescrição é uma garantia fundamental do cidadão de não estar eternamente sujeito à punição do Estado forçando que este exerça o seu direito em um período

de tempo razoável. De outro, há o tratamento conferido pela comunidade internacional, em especial a jurisprudência dos tribunais internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que defende que os crimes contra a humanidade são imprescritíveis.

Esse debate gerou enorme discussão, tanto no Brasil, quanto no âmbito internacional, em especial na Corte Interamericana de Direitos Humanos, já que o Estado brasileiro foi condenado, no caso “Gomes Lund *vs* Brasil”, pela omissão de investigar os crimes cometidos durante a Ditadura Militar.

Por fim, analisar-se-á os desdobramentos no âmbito penal, caso o Brasil venha acatar a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos e invalidar a Lei de Anistia, destacando-se, sobretudo, a impossibilidade de o Estado deflagrar a persecução penal à luz da Constituição Federal.

2 LEI DE ANISTIA

O Brasil, como alguns governos de transição, adotou a lei de anistia como um mecanismo de sair da Ditadura Militar e efetivar o regime democrático. Na época, vários foram os que queriam a concessão de anistia, seja para trazer os intelectuais e ativistas que perderam seus direitos políticos e foram exilados, seja para beneficiar os militares que praticaram as condutas em prol do sistema vigente à época.

Para Rui Barbosa, a anistia “cancela o delito, vai extingui-lo na sua fonte, faz desaparecer a sua ideia, é o esquecimento pleno, é o profundo silêncio decretado pelos poderes do país sobre os fatos, cuja memória é de interesse do governo que desapareça”¹.

¹ BARBOSA, R. *Obras Completas*: Discursos parlamentares, trabalhos jurídicos. Vol. XXII, Tomo 1. Ministério da Educação e Saúde. Rio de Janeiro, 1952. p. 32-33.

A Lei 6.683 de 1979, conhecida como Lei de Anistia, concedeu anistia a todos que, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores públicos, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (art. 1º).

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 26/1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte, em seu art. 4º e parágrafos, concedeu a anistia “a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares”, ratificando, portanto, a anistia concedida na Lei nº 6.683/79.

Portanto, a Lei de Anistia é conhecida por ser de “mão dupla” ou de “dupla via”, já que anistiou tanto os militares como os opositores do regime.²

O perdão é um importantíssimo passo à verdadeira reconciliação. Segundo Hannah Arendt, o perdão não se restringe à vida privada, também pode estar relacionado à vida pública. Assim, o perdão na vida pública, embora complexo, é uma das maneiras de reconciliação:

[...] a única solução possível para o problema da irreversibilidade – a impossibilidade de se desfazer o que se fez, embora não se soubesse nem se pudesse saber o que se fazia – é a faculdade de perdoar. A solução para o problema da imprevisibilidade, da caótica incerteza do futuro, está contida na faculdade de prometer e cumprir promessas.³

Magalhães Noronha, tecendo considerações acerca da anistia, afirma que há momentos:

[...] em que o esquecimento é preferível à punição, no próprio interesse público, apaziguando ódios e ressentimentos, máxime após movimentos políticos

² BASTOS, L. E. A. F. *Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 195.

³ ARENDT, H. *A condição humana*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 248.

e sociais, buscando por essa forma criar um clima de harmonia e entendimento que, conforme a hipótese, jamais seria conseguido com a aplicação ou persistência das rígidas normas de direito penal.⁴

Portanto, foi uma escolha do legislador conceder a anistia. O Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153 (pendente de julgamento os embargos de declaração e, posteriormente, foi proposta a ADPF 320 sobre o mesmo objeto, também pendente), em que se questiona validade da Lei de Anistia, decidiu positivamente com a seguinte observação:

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o STF está autorizado a rescrever leis de anistia. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.⁵

Posteriormente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “Gomes Lund *vs* Brasil”, proferiu sentença em 24 de novembro de 2010 responsabilizando o Brasil pela prisão arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses, em operação do Exército entre 1972 e 1975, no episódio conhecido como a Guerrilha do Araguaia. Na oportunidade, a Corte afirmou:

A aplicação de leis de anistia a perpetradores de graves violações de direitos humanos é contrária às obrigações estabelecidas na Convenção e à jurisprudência da Corte Interamericana. [...] Do mesmo modo, nenhuma lei ou norma de direito interno, como as disposições de anistia, as regras de prescrição e outras excludentes de responsabilidade, pode impedir que um Estado cumpra essa obrigação, especialmente quando se trate de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade, como os desaparecimentos forçados do presente caso, pois esses crimes são inaniestáveis e imprescritíveis.⁶

⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 353.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153. Plenário. Rel. Min. Eros Grau.

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e

Há quem afirme que o Estado brasileiro está subordinado a referida

Corte:

[...] no sistema judicial interamericano, há o dever do Estado de cumprir integralmente a sentença da Corte, conforme dispõe expressamente o art. 68.1 da seguinte maneira: os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.⁷

No entanto,

os tribunais internacionais de direitos humanos – as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos – não `substituem` os tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos tribunais internos.⁸

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada em 22.11.1968 e entrou em vigor somente em 18.07.1978, nos termos do art. 74.2⁹ da Convenção. O Brasil, no entanto, aderiu a ela através do Decreto 678, de 06.11.1992, já sob a égide da Constituição de 1988 e posteriormente à Ditadura Militar.

Ademais, o Brasil, ao reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inseriu, no ato de reconhecimento, a “cláusula temporal”,

outros (Guerrilha do Araguaia) *Vs.* Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>. Acesso em 26 mai. 2015.

⁷ RAMOS, A. C. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 235.

⁸ TRINDADE, A. A. C. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. vol. 1, p. 412.

⁹ Artigo 74.2, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou adesão na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro Estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão.

na qual somente casos posteriores a tal data (06.11.1992) seriam adjudicáveis à Corte. Ou seja, falta competência à Corte Interamericana para conhecer o caso.

No entanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos não aceita tal tese, como foi decidido no Caso Blake *vs.* Guatemala (1987) e no Caso de La Comunidad Moiwana *vs.* Suriname (2005), sob fundamento de que o Estado deve responder pelos seus atos omissivos, ao não investigar e punir os autores dos delitos após a cláusula temporal.¹⁰

Dessa forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui uma visão imperialista, ao impor aos Estados o dever de punir supostos crimes contra a humanidade sem levar em conta suas particularidades. Defende, na verdade, a instauração de um Tribunal *ad hoc* (de exceção) no Brasil.

Ora, invalidar a lei de anistia não seria um mero controle de convencionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal, pois se estaria admitindo a possibilidades de se declarar inconvencional uma Emenda Constitucional, e, no caso, a Emenda embriã da Constituição de 1988.

Por outro lado, não se sustenta que o Brasil seja omissivo no processo de reparação às vítimas do regime ditatorial, já que até 2014 o Brasil havia pago a quantia de R\$ 3,4 bilhões¹¹ a R\$ 5,2 bilhões¹² em indenizações pagas às vítimas ou seus familiares. A Comissão de Anistia chegou a aprovar valores retroativos

¹⁰ RAMOS, A. C. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério o tratado de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67857/70465>> Acesso em: 15 maio 2015. p. 271/272.

¹¹ Bolsas Ditadura alcançam R\$ 3,4 bi: Em 13 anos, Comissão de Anistia aprovou 40.300 pedidos de reparação a vítimas da ditadura. Disponível em: <[http://www.defesanet.com.br/dita/noticia/14802/Bolsas-Ditadura-alcancam-R\\$-3-4-bi/](http://www.defesanet.com.br/dita/noticia/14802/Bolsas-Ditadura-alcancam-R$-3-4-bi/)> Acesso em: 10 set. 2015.

¹² Indenização aos anistiados políticos soma R\$ 5,2 bilhões. Disponível em: <http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/8083>> Acesso em: 10 set. 2015.

que giram em torno de R\$ 1 milhão a R\$ 2 milhões para um só anistiado, além de prestações mensais que chegam a R\$ 18 mil¹³.

Interessante fazer um paralelo com a África do Sul. A anistia concedida pós-*apartheid* foi importante para o processo de reconciliação naquele país, já que o reconhecimento dos crimes eram públicos e, conseqüentemente, buscava-se a verdade.

Cabe ressaltar que os crimes cometidos na África do Sul também são considerados lesa-humanidade e até hoje não foram objeto de questionamentos nas Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Conclui-se, portanto, que a punição não é obrigatória e deve se respeitar a autonomia e soberania dos Estados em conceder a anistia como forma de conciliação com o passado.

Cabe trazer à tona o *AZAPO Case* (1996), que foi uma demanda judicial proposta pelos parentes das vítimas da violência do *Apartheid* e visou a obstruir a execução dos trabalhos do Comitê de Anistia da Comissão de Verdade e Reconciliação Sul-Africano e, na qual se sustentou que as anistias negavam às vítimas sobreviventes seu direito constitucional de recurso judicial e não eram compatíveis com o Direito Internacional no ponto em que impediam a investigação e processos de violações aos direitos humanos.

Na ocasião, a Suprema Corte da África do Sul¹⁴ julgou constitucional a anistia concedida aos que confessaram seus crimes cometidos durante o *apartheid*.¹⁵ Para tanto, baseou-se no Protocolo II de 1977 das Convenções de

¹³ O custo da reparação: indenizações aprovadas na Comissão de Anistia chegam a R\$ 3,4 bilhões. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/o-custo-da-reparacao-indenizacoes-aprovadas-na-comissao-de-anistia-chegam-r-34-bilhoes-12037526>> Acesso em: 10 set. 2015.

¹⁴ AFRICA DO SUL. Constitutional Cort of South Africa, Case CCT 17/96 (AZAPO Case). Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/16.pdf>> Acesso em: 10 set. 2015.

¹⁵ PESSANHA, R. B. V. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasilei-

Genebra, que regula a proteção das vítimas de conflitos não internacionais¹⁶ e possui um dispositivo que prevê:

[A]o fim das hostilidades, as autoridades no poder evitarão esforços para conceder a anistia mais ampla possível às pessoas que tenham participado de conflito armado, ou àquelas privadas de sua liberdade por razões relativas ao conflito armado, quer estejam internadas ou detidas.

Não resta dúvida, portanto, de que seja possível manter a anistia no caso brasileiro.

3 OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS – SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, conhecida como reforma do Poder Judiciário, além de tentar modernizar o sistema judiciário brasileiro, trouxe uma importante mudança em relação aos direitos humanos, como se observa da leitura do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Houve uma discussão a respeito de qual hierarquia legal teriam os tratados anteriores à Emenda Constitucional 45/04 e que não foram ratificados

ro RDA: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/10648/964>> Acesso em: 10 set. 2015. p. 4.

¹⁶ PENSKY, M. O status das anistias internas no Direito Penal Internacional. *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. Disponível em: <www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2011livro_OXFORD.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015. p. 84.

pelo rito de emenda constitucional. Há quem defenda que os tratados em vigor anteriormente à referida Emenda conservarão o *status* que tinham e podem ser objeto de nova deliberação pelo Congresso Nacional para que tenham força de Emenda Constitucional.¹⁷

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a impossibilidade de prisão civil pelo depositário infiel prevista no Pacto de San José da Costa Rica¹⁸, criou uma nova categoria de norma, a “supralegal” (abaixo da Constituição e superior às demais normas)¹⁹.

Sobre o tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem reafirmando esse caráter supralegal e ao mesmo tempo infraconstitucional, a título exemplificativo, confira trecho do voto da Ministra Ellen Gracie no HC 88.240:

A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.²⁰

¹⁷ BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37.

¹⁸ Art. 7º do Pacto San José da Costa Rica: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

¹⁹ “EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343. Plenário. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=595444>>. Acesso em: 10 abr. 2015).

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 88.240, Rel. Min. Ellen Gracie.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reiterou tal posicionamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.240, de relatoria do Ministro Luiz Fux, oportunidade em que se assentou ter o Pacto de San José da Costa Rica entrado no ordenamento jurídico brasileiro somente em 1992.

Deve-se a Hans Kelsen a teorização da Supremacia Constitucional, que tem como característica a formulação de uma pirâmide que representa a hierarquia das normas jurídicas. No ápice do ordenamento brasileiro estão as normas constitucionais e logo abaixo as leis ordinárias e complementares e assim por diante. Em outras palavras, há uma hierarquização das normas no ordenamento, em que as demais encontram os seus fundamentos de validade no Texto Constitucional, que é hierarquicamente superior aos demais atos normativos. Todas as normas devem se adequar aos ditames constitucionais, sob pena de serem inconstitucionais e, conseqüentemente, não podem pertencer ao ordenamento jurídico vigente.

Ademais, o direito interno, pautado pela Constituição da República, deve sobrepor o direito internacional, já que a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem eficácia apenas política e não possui força de título judicial.

Eventual descumprimento do Tratado, em tese, gera uma lide entre Estados soberanos. Nessa linha é o magistério de Antônio Augusto Cançado Trindade:

Os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais quando se trata de verificar sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos. [...] Isso se aplica à legislação nacional assim como às decisões internas judiciais e administrativas. Por exemplo, uma decisão judicial interna pode dar uma interpretação incorreta de uma norma de um tratado de direitos humanos; ou qualquer outro órgão estatal pode deixar de cumprir uma obrigação internacional do Estado neste domínio. Em tais hipóteses pode-se configurar a responsabilidade internacional do Estado, porquanto seus tribunais ou outros órgãos não são os intérpretes finais de suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos.²¹

²¹ TRINDADE, A. A. C. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Ale-

Os tratados e convenções devem respeitar o procedimento formal de celebração descrito na Constituição, bem como o seu conteúdo material, em especial nas matérias de direitos humanos e garantias fundamentais.²² Em outras palavras, a supremacia da Constituição não pode ser ponderada, já que “por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.”²³

Da mesma forma, a supremacia da Constituição sobressai aos atos internacionais que devam produzir efeitos em território nacional²⁴, devendo, portanto, prevalecer a Carta Magna em face do Pacto de San José da Costa Rica. “Fazê-la suprema, não só no texto, também na aplicação”²⁵.

4 IMPOSSIBILIDADE DE SE PUNIR OS CRIMES COMETIDOS NA DITADURA MILITAR

De toda a sorte, ainda que invalidada a Lei de Anistia, os crimes cometidos durante a ditadura militar não poderão ser punidos, como será demonstrado abaixo, analisando-se crime por crime.

gre: Sergio Antonio Fabris, 1997. vol. 1, p. 412

²² MENDES, G. F.; BRANCO; P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 650.

²³ BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 165.

²⁴ BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 166.

²⁵ RIBEIRO, F. Da supremacia constitucional no Brasil. Universidade Federal do Ceará: Faculdade de Direito. 13 anos de vigência da Constituição Federal de 18 de setembro de 1946: Homenagem dos professores de direito constitucional Lauro Nogueira e Fávila Ribeiro. 1959, p. 43.

4.1 Generalidade dos crimes contra a humanidade (crimes lesa-humanidade)

A primeira definição dos crimes contra a humanidade se deu por meio do Acordo de Londres, de 8 de agosto de 1945, responsável pela instauração do Tribunal de Nuremberg. Segundo os princípios norteadores de Nuremberg, os crimes lesa-humanidade são “o assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e qualquer outro ato desumano contra a população civil, ou a perseguição por motivos religiosos, raciais ou políticos, quando esses atos ou perseguições ocorram em conexão com qualquer crime de guerra.”²⁶

No “Caso Almonacid Arellano”, em que se discutia os atos praticados durante a ditadura militar chilena, a Corte Interamericana de Direitos Humanos conceituou os crimes contra a humanidade e afirmou:

Os crimes contra a humanidade são atos sérios de violência que causam danos aos seres humanos ao infringir o mais essencial para eles: sua vida, sua liberdade, seu bem-estar físico, sua saúde e/ou sua dignidade. São atos desumanos que, por sua extensão e gravidade vão além dos limites tolerados pela comunidade internacional, que deve exigir sua punição. Porém, os crimes contra a humanidade também transcendem o indivíduo, porque quando o indivíduo é agredido, se ataca e se nega a humanidade toda. Por isso o que caracteriza essencialmente o crime contra a humanidade é o conceito da humanidade ser tida como vítima.²⁷

Já o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado pelo Decreto 4.388/2002, em seu art. 7º, prevê os crimes contra a humanidade:

a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação

²⁶ GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. Crimes contra a humanidade e a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. (Org.). *Crimes da ditadura da militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 87/88.

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf >. Acesso em 30 ago. 2015. p. 47.

das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de *apartheid*; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

Da leitura do conceito da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do rol apresentado pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, observa-se que há margens para o intérprete definir o que seja o crime contra a humanidade.

Seguindo a linha de jurisprudência das Cortes Internacionais, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, em parecer ofertado na ADPF 320, define os crimes contra a humanidade como sendo os de ataque sistemático e generalizado à população civil.²⁸ No entanto, esse argumento não é suficiente para caracterizar os crimes lesa-humanidade e, conseqüentemente, afastar a extinção da punibilidade dos delitos cometidos durante a ditadura militar.

Os crimes de genocídio, tipicamente considerados contra a humanidade, foram os praticados em Ruanda, no ano de 1994, e na Armênia, no início do século passado (1915 a 1917), que tiveram vítimas em torno de 500.000 (quinhentos mil)

²⁸ BARROS, R. J. M. Manifestação da Procuradoria-Geral da República na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4574695>> Acesso em 2 nov. 2015.

e 1.000.000 (um milhão) em Ruanda²⁹, enquanto na Armênia esse número vacila entre 600.000 (seiscentos mil) e 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil)³⁰.

Assim, se levarmos em conta os números de 2014, no Brasil, as vítimas de homicídio foram de 56.337 (cinquenta e seis mil e trezentos e trinta e sete)³¹, o que equivalente a aproximadamente 21 (vinte e um) meses de conflito na Chechenia³². Já na ditadura, segundo o relatório final da Comissão Nacional da Verdade (CNV), foram 434 os mortos e desaparecidos. A partir desses números, seria possível concluir que o Brasil vive em um estado análogo à guerra e, conseqüentemente, os crimes de homicídio cometidos em 2014 seriam imprescritíveis por serem considerados lesa-humanidade.

²⁹ FERREIRA, L. C.; WALBERT, A. Ruanda: 800 mil mortos, 100 dias de massacre e 20 anos de lições. EBC Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/internacional/2014/04/ruanda-800-mil-mortos-100-dias-de-massacre-e-20-anos-de-liceos>> Acesso em 29 ago 2015; O POVO. Parlamento alemão lembra vítimas do genocídio em Ruanda. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/app/maisnoticias/mundo/dw/2014/04/04/noticiasdw,3231334/parlamento-alemao-lembra-vitimas-do-genocidio-em-ruanda.shtml>> Acesso em: 29 ago 2015.

³⁰ AFP. Conheça a história, os fatos e as versões do 'genocídio armênio'. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/04/conheca-historia-os-fatos-e-versoes-do-genocidio-armenio.html>> Acesso em: 29 ago 2015; CHAGAS, Marcos. Igreja armênia canoniza 1,5 milhão de vítimas de genocídio. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2015-04/igreja-armenia-canoniza-15-milhoes-de-almas-vitimas-do-genocidio>> Acesso em: 29 ago 2015.

³¹ PELAJO, C.; BARROS, M. Brasil bate recorde no número de homicídios registrados em um ano. Reportagem do dia 27.05.2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/05/brasil-bate-recorde-no-numero-de-homicidios-registrados-em-um-ano.html>> Acesso em: 29 ago 2015; ALESSI, Gil. Brasil bate recorde histórico de homicídios. Reportagem do dia 27.05.2014. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/05/27/brasil-tem-recorde-historico-de-homicidios.htm>> Acesso em: 29 ago 2015.

³² ORTEGA, I. *A guerra da Chechênia*, o conflito esquecido. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2014/12/11/a-guerra-da-chechenia-o-conflito-esquecido.htm>> Acesso em: 29 ago 2015.

Cabe ressaltar, ainda, que neste relatório supracitado a Comissão afirmou que “a prática de detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e mesmo de ocultação de cadáveres não é estranha à realidade brasileira contemporânea”³³, o que reforça a generalidade do conceito dos crimes contra a humanidade.

Em tese, o tipo penal aberto dificulta a condenação do acusado, porque, na dúvida, o réu deveria ser favorecido, já que as condutas não estão devidamente delimitadas. No entanto, na prática, acaba prejudicando, já que qualquer ato praticado pode configurar um crime ante o subjetivismo, o que pode gerar arbitrariedade. Conclui-se, portanto, que a amplitude do conceito de crimes lesa-humanidade gera uma insegurança jurídica, o que deve ser evitado em um Estado Democrático de Direito.

A lei penal deve ser precisa e definir de forma cristalina a conduta delituosa. Nesse sentido Claus Roxin adverte:

Uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo. (Tradução nossa).³⁴

³³ BRASIL. *Relatório final da Comissão Nacional da Verdade*. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571>. Acesso em: 29 ago, 2015.

³⁴ Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno legislativo. (ROXIN, C. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 169).

A propósito, confira a lição de Juarez Tavares:

[...] o princípio da legalidade, inserido no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República, pelo qual se exige uma exata descrição da conduta criminosa, tem por escopo evitar possa o direito penal transformar-se em instrumento arbitrário, orientado pela conduta de vida ou pelo ânimo. Considerando que a função primeira do direito penal é a de delimitar as áreas do justo e do injusto, mediante um procedimento ao mesmo tempo substancial e informativo, a exata descrição dos elementos que compõem a conduta criminosa serve, primeiramente, ao propósito de sua materialização, quer dizer, sua condição espaço-temporal; depois, como instrumento de comunicação entre o Estado e os cidadãos, pelo qual se assinalam as zonas do proibido e do permitido; por fim, de regulação sistemática.³⁵

Vê-se que, pela generalidade dos crimes contra a humanidade, não se sabe em que medida e de que forma essas condutas ingressarão na zona do ilícito e, a fim de se evitar arbitrariedade por parte do Estado, uma vez que a não descrição detalhada da conduta proibida faz com que se perca a função da legalidade, consequentemente, o cunho garantista do direito penal e permite ao Estado intervir penalmente para além daquilo que a lei permite, deve-se evitar um tipo penal muito amplo.

4.2 Prescrição

No período em que foi editada a Lei de Anistia, a única norma que regulava a prescrição era o Código Penal, que prevê como maior lapso prescricional o período de 20 anos (art. 109). Com efeito, se considerarmos um delito cometido no último dia abrangido pela anistia (15.08.1979), já estaria extinta a punibilidade com fundamento prescrição em abstrato, em 14.08.1999.³⁶

³⁵ TAVARES, J. *Teoria do injusto penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 201.

³⁶ TANGERINO, D. P. C. *Direito Penal e Justiça de Transição: algumas ponderações críticas*. SABADELL, A. L.; SIMON, J-M.; DIMOULIS, D. (Org.) *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 296.

No nosso ordenamento jurídico, em regra, o Estado não possui prazos indeterminados para exercer a pretensão punitiva, sendo, portanto, a prescritibilidade dos crimes deve prevalecer.³⁷ A Constituição traz as hipóteses excepcionais de imprescritibilidade: a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (respectivamente, art. 5º, XLII e XLIV, da Constituição Federal).

Assim, a Constituição, ao criar as hipóteses de imprescritibilidade, assegurou a prescritibilidade dos crimes, ou seja, ratifica o direito à prescrição como fundamental e não se pode haver uma interpretação extensiva de tal rol, já que não pode ser alterado pelo poder constituinte derivado reformador por ser uma cláusula pétrea.

Ademais, o instituto da prescrição reforça o Estado Democrático de Direito, uma vez que se ampara em diversos princípios fundamentais, em especial o da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição Federal), além do que “o processo penal não é apenas meio para efetivar o poder de punir, mas também como meio garantidor dos excessos do poder repressivo estatal.”³⁸

Assim, adotar a tese de imprescritibilidade dos delitos cometidos durante o regime militar seria de certa forma sacrificar o princípio da legalidade, cláusula

³⁷ Há na doutrina quem critique a imprescritibilidade dos delitos: “Não existe na listagem penal crime que, por mais hediondo que se apresente ao sentimento jurídico e ao consenso da comunidade, possa merecer a imprescritibilidade, máxime se atentarmos que as expectativas comunitárias de reafirmação da validade da ordem jurídica não perduram indefinidamente” (ZAFFARONI, E. R. *Manual de Direito Penal brasileiro*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1, p. 645).

³⁸ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral, v.1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.828

pétreo da Constituição da República (art. 5, XXXIX c/c art. 60, § 4º, IV), o que não seria diferente dos Atos Institucionais.³⁹ Isso ensinaria, ainda, na violação “da própria concepção do direito penal da modernidade, diretamente relacionada com a ideia de Estado democrático de direito, adotada pelo Constituinte brasileiro.”⁴⁰

Ademais, o Brasil estaria violando novamente os direitos humanos, o que jamais pode ser adotado por um Estado, já que a dignidade humana é intangível⁴¹, por não ser viável de ponderação, mesmo diante de outros elementos constitucionais protegidos. Acrescente-se que o alongamento sem justificativa da persecução penal afronta a dignidade da pessoa humana, já que autoriza o Estado exerça a persecução penal a qualquer tempo, muitas vezes com arbitrariedade.

Além destas violações, caso se resolva punir anos depois, ou seja, uma responsabilização não esperada, estar-se-ia, também, conflitando com os princípios da integridade e da segurança jurídica, que são “imperativos do sistema jurídico”⁴², ou pilares muito importantes no nosso ordenamento como o da segurança, em que “se assenta o pacto fundante do Estado”⁴³.

³⁹ TANGERINO, D. P. C. Direito Penal e Justiça de Transição: algumas ponderações críticas. SABADELL, A. L.; SIMON, J-M.; DIMOULIS, D. (Org.) *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 297.

⁴⁰ SABADELL, A. L. DIMOULIS, D. Anistias políticas: Considerações de história e política do direito. SABADELL, A. L.; SIMON, J-M.; DIMOULIS, D. (Org.) *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 261.

⁴¹ GRIMM, D. A dignidade humana é intangível, *Revista de Direito do Estado* n.19/20, 2012.

⁴² SABADELL, A. L.; DIMOULIS, D. Anistias políticas: Considerações de história e política do direito SABADELL, A. L.; SIMON, J-M.; DIMOULIS, D.. (Org.) *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 271.

⁴³ LEWANDOWSKI, R. Segurança jurídica é valor indissociável da concepção de Estado de Direito. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-14/lewandowski-seguranca-juridica-indissociavel-estado-direito>> Acesso: 22. ago 2015.

Conclui-se, portanto, que o Estado não pode abrir mão dos princípios de um Estado Democrático de direito para atender um clamor de organizações internacionais, pois o contrário geraria uma insegurança jurídica já que os agentes repressores também possuem direitos adquiridos, que a Constituição protege.

Entender de forma contrária seria um regresso do construído até então. Se voltasse para punir os agentes militares, qual seria a garantia do resto da população de que o Estado não vai punir outros casos? Nenhuma, pois estamos diante de uma generalidade tremenda, o que poderia abrir um precedente que pode ser usado de forma diversa da pretendida, minando a segurança jurídica

4.3 Crime de tortura

No Brasil, somente em 1990 que o crime de tortura foi tipificado pela primeira vez no art. 233 do ECA (Lei 8.069/90). Com a promulgação da Lei Federal 9.455/97, esta definiu o crime de tortura e revogou expressamente o art. 233 do ECA.

Dessa forma, no art. 1º, inciso I, da Lei 9.455/97 traz três hipóteses de crime, denominado pela doutrina como tortura prova (alínea a), tortura crime (alínea b) e tortura racismo (alínea c).

Vê-se claramente que o crime de tortura somente foi tipificado em 1990 (desde que contra criança ou adolescente), e os fatos da ditadura militar ocorreram até final da década de 80, o que impede que a norma pudesse retroagir por força do art. 5º, XXXIX, da Constituição da República (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), dispositivo repetido no art. 1º, do Código Penal. “Quer isso dizer que não se admite que lei *post facto* se aplique ao fato incriminado que tenha ocorrido antes de sua vigência.”⁴⁴

⁴⁴ SILVA, J. A. *Comentário contextual à Constituição*. 6 ed. São Paulo: Medeiros, 2009. p. 138.

Esses dispositivos, denominados como princípio da anterioridade penal⁴⁵, estão intimamente ligados ao princípio da legalidade (*nullum crime, nula poena sine lege* - art. 5º, XXXIX, CF), ao da irretroatividade da lei penal (art. 5º, XL, CF), ao da personificação da pena (art. 5º, XLV, CF), ao da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), ao da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), ao do juiz natural e do juiz competente (art. 5º, XXXVII e LIII, CF), ao do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), ao do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CF) e ao da legitimidade das provas (art. 5º, LVI, CF).

Segundo Claus Roxin⁴⁶, o princípio da legalidade é uma exigência irrenunciável do Estado de Direito, e deve a lei estar vigente no momento do fato, ou seja, no momento em que tenha atuado o autor, o partícipe, ou, em caso de omissão, no momento em que deveria ter atuado.

José Afonso da Silva, ao comentar um caso de que a lei nova incrimina fatos que a lei anterior não considerava crimes, afirma:

[...] a lei não retroage; aqui, em verdade, ocorre uma ultratividade da lei velha e revogada; isso significa que a lei revogada, a lei que deixou de existir, continua a projetar seus efeitos para além de sua revogação, em favor do réu, numa espécie de direito adquirido à situação mais favorável prevista na lei revogada.⁴⁷

⁴⁵ Vê-se que tal princípio vem sendo garantido desde 1789, nos arts. 7º e 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: “Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência; Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

⁴⁶ ROXIN, C. *Derecho penal*: parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manual Luzón Pena, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 161-162.

⁴⁷ SILVA, J.A. *Comentário contextual à Constituição*. 6 ed. São Paulo: Medeiros, 2009. p.138.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta a insegurança que geraria caso uma lei incriminadora pudesse retroagir:

Haveria gravíssima insegurança, a ameaçar os próprios fundamentos da vida social, se tais atos pudessem ter sua validade, a qualquer tempo, resposta em discussão, se as decisões dos tribunais sempre pudessem ser impugnadas e reimpugnadas, se a existência dos direitos fosse a cada passo renegada. Tal ocorreria se se admitissem leis retroativas.⁴⁸

Portanto, afirmar que os crimes cometidos durante a ditadura militar estariam sujeitos a punição, seria ruir toda a teoria vigente do Direito Penal, bem como o Estado de direito, já que o princípio da legalidade “enuncia a base fundamental do estado de direito”⁴⁹. Acrescente-se que o princípio da legalidade é fruto da conquista da consciência jurídica e negar sua vigência seria ir contra a própria ideia de justiça.

Ademais, não se sustenta o argumento de que o costume internacional é fonte criadora do direito penal, posto que não oferece segurança jurídica, como as normas em sentido estrito, positivadas no ordenamento.

Por outro lado, à época dos fatos, a conduta se enquadrava ao tipo de lesão corporal previsto no artigo 129 do Código Penal tipifica a ofensa da integridade corporal ou à saúde de outrem, com penas de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção, na modalidade leve; de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão, caso seja grave; de 2 (dois) a 8 (oito), se gravíssima; e de 4 (quatro) a 12 (doze), se resulta morte.

⁴⁸ FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1. p. 54.

⁴⁹ FERREIRA Filho, M. G. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1. p. 28.

Assim, levando-se em conta o maior lapso prescricional possível ao delito, este seria de 16 anos (art. 109, II, do Código Penal), ou seja, os fatos já estariam abrangidos pela prescrição, que ocorrera em 14.08.1995⁵⁰.

4.4 Crime de desaparecimento forçado

O crime permanente “é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado, sequestro, desaparecimento forçado)”.⁵¹ Esse é um dos pontos em que se sustenta a Corte Interamericana para afastar a incompetência razão do tempo (*ratione temporis*) no caso “Gomes Lund *vs* Brasil”, uma vez que, em tese, o crime ainda ocorreria, como se pode observar do trecho abaixo transcrito:

[...] atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua [...] a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos.⁵²

Há julgados do Supremo Tribunal Federal em processos de Extradicação, embora criticável, que reconhece este entendimento e considera o crime de desaparecimento forçado como permanente e, assim, seria possível concretizar a pretensão punitiva do Estado⁵³.

⁵⁰ Considerando o último dia que Lei de Anistia abrange (15.08.1979)

⁵¹ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*: parte geral 1, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 255.

⁵² Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) *vs* Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 974. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. Redator p/ acórdão o Min. Ricardo Lewandowski; Extradicação 1150. Plenário. Rel.^a Min.^a

Nesse sentido é o artigo III da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (Adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994) (Decreto Legislativo nº 127, de 2011) que prevê:

Os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas que forem necessárias para tipificar como delito o desaparecimento forçado de pessoas e a impor-lhe a pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade. Esse delito será considerado continuado ou permanente, enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima.

No entanto, o Estado brasileiro, por meio do art. 1º, da Lei 9.140/95, reconheceu como mortas as pessoas desaparecidas durante o período do regime militar. Confira:

Art. 1º São reconhecidos [sic] como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias.

O texto da lei é bem claro, afirma que para todos os efeitos legais os desaparecidos serão reconhecidos como mortos, o que enseja que os crimes de desaparecimento forçado não estão mais ocorrendo, já que está cessada sua permanência.

Ademais, o crime de desaparecimento forçado ainda não foi tipificado, apenas há a tramitação dos Projetos de Lei 301/2007 e 4.038/2008 na Câmara dos Deputados⁵⁴; e, como visto, não se sustenta o argumento de que o costume

Cármen Lúcia. Brasília; Extradicação 1278. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes; Extradicação 1299. Segunda Turma. Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia.

⁵⁴ JARDIM, T. D. M. O caso “Guerrilha do Araguaia” e a obrigação de tipificar e julgar o crime de desaparecimento forçado de pessoas. GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. (Org.).

internacional é fonte criadora do direito penal, uma vez que não gera segurança jurídica como as normas em sentido estrito, positivadas no ordenamento.

Não é possível afirmar que o Tribunal Penal Internacional seja competente para julgar o crime de desaparecimento forçado, uma vez que há uma cláusula afirmando que sua competência apenas abrangerá os crimes cometidos após a entrada em vigor do seu Estatuto (feito em 17.07.1998 e internalizado por meio do Decreto 4388 de 25.09.2002).

Considerando-se a data de vigência da Lei 9.140/95 (05.12.1995 – data de publicação), o crime estaria prescrito em 04.12.2015 com base na pena em abstrato, nos termos do art. 109, I, do Código Penal.

Ademais, a Lei 9.140/95 não tem poder de transformar a vítima em morta para fins penais e suprir a produção de provas e de laudo, ainda que indireto. Além do mais que no processo penal vige o princípio do *in dubio pro reo*⁵⁵.

Portanto, não se pode considerar o crime de homicídio uma vez que na eventual denúncia deverá haver a descrição do fato delituoso para que seja preenchido os requisitos da denúncia (artigo 41 do Código de Processo Penal), ou esta será inepta. Deve-se, ainda, juntar o laudo, sob pena de ausência de materialidade e, conseqüentemente, falta de justa causa.

Crimes da ditadura da militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.109-111.

⁵⁵ Decorrente do princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal de 1988, no inciso LVII, do art. 5º, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

5 CONCLUSÃO

Nessa linha, o Brasil deve manter a validade da Lei de Anistia, mesmo que os crimes sejam considerados lesa-humanidade, uma vez que, se invalidada, haverá uma insegurança jurídica, na medida em que o Estado abriria mão de proteger direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal com intuito de fazer valer o seu poder de punir.

Ponderando-se a punição ou a não punição, é melhor acreditar na tentativa de reconciliação com o passado e garantir o perdão aos violadores dos direitos humanos (tanto os opressores como os que lutaram contra o sistema) e, ao mesmo tempo, impedir o Estado de cometer mais violações, pois é o que a Constituição Federal visa evitar. O Supremo deve, portanto, reafirmar a soberania da Constituição em face dos Tratados Internacionais nas ADPF 320 e 153.

6 REFERÊNCIAS

ARENDT, H. *A condição humana*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

BASTOS, L. E. A. F. *Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009.

BARBOSA, R. *Obras Completas: Discursos parlamentares, trabalhos jurídicos*. Vol. XXII, Tomo 1. Ministério da Educação e Saúde. Rio de Janeiro, 1952.

BARROS, R. J. M. *Manifestação da Procuradoria-Geral da República na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4574695>> Acesso em: 2 nov. 2014.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, v.1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.

GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. Crimes contra a humanidade e a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. (Org.). *Crimes da ditadura da militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRIMM, D. A dignidade humana é intangível. *Revista de Direito do Estado* n. 19/20, 2012.

JARDIM, T. D. M. O caso “Guerrilha do Araguaia” e a obrigação de tipificar e julgar o crime de desaparecimento forçado de pessoas. GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. (Org.). *Crimes da ditadura da militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEWANDOWSKI, R. Segurança jurídica é valor indissociável da concepção de Estado de Direito. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-14/lewandowski-seguranca-juridica-indissociavel-estado-direito>> Acesso em: 22. ago 2015.

MENDES, G. F.; BRANCO; P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NORONHA, E. M. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

PENSKY, M. O *status* das anistias internas no Direito Penal Internacional. *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. Disponível em: <www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2011livro_OXFORD.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

RAMOS, A. C. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, A. C. *Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério o tratado de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67857/70465>> Acesso em: 15 maio 2015.

RIBEIRO, F. Da supremacia constitucional no Brasil. Universidade Federal do Ceará: Faculdade de Direito. *13 anos de vigência da Constituição Federal de 18 de*

setembro de 1946: homenagem dos professores de direito constitucional Lauro Nogueira e Fávila Ribeiro, 1959.

ROXIN, C. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SABADELL, A. L.; DIMOULIS, D. Anistias políticas: Considerações de história e política do direito SABADELL, A. L.; SIMON, J-M.; DIMOULIS, D. (Org.) *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, J. A. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Medeiros. 6. ed. 2009.

TANGERINO, D. P. C. Direito Penal e Justiça de Transição: algumas ponderações críticas. SABADELL, A. L.; SIMON, J-M.; DIMOULIS, D. (Org.) *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TAVARES, J. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Dei Rey, 2003.

TRINDADE, A. A. C. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. vol. 1.

ZAFFARONI, E. R. *Manual de Direito Penal brasileiro*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.

UMA VISÃO MILITAR SOBRE O COMBATE ÀS DROGAS: ESFORÇO CONJUNTO NA PRESERVAÇÃO DE VALORES

A MILITARY VIEW ON THE DRUG WAR:
JOINT EFFORT IN PRESERVING VALUES

Rogério Marques Nunes

Coronel de Cavalaria – Brasil

Professor do Centro Superior de Estudos da Defesa Nacional – Espanha

RESUMO: O trabalho pretende analisar o fenômeno da droga e suas implicações para os bens tutelados pelo Estado a partir de uma visão abrangente e enfocada no campo militar, em que a hierarquia e a disciplina são a base para o ordenamento e para o cumprimento da missão constitucional das Forças Armadas. O tema permite múltiplas abordagens, o que lhe confere um caráter multifacético e com variadas causas e consequências sociais, que atingem não só os indivíduos enquanto sujeitos do Direito, mas também a sociedade em geral. A partir de uma visão das teorias do Realismo, do Liberalismo e do Construtivismo da disciplina de Relações Internacionais, a investigação pretende colher ensinamentos tornando o assunto relevante devido ao crescimento do uso de drogas e aos graves desdobramentos que trazem no seio da sociedade brasileira.

PALAVRAS-CHAVES: Exército brasileiro. Valores militares. Uso de drogas.

ABSTRACT: The work intends to analyze the drug phenomenon and its implications for the goods protected by the State from a comprehensive overview and focused in the military field, in which the hierarchy and discipline are the basis for the management and for the fulfilment of the constitutional mission of the Armed Forces. The theme allows multiple approaches, which gives it a multifaceted character and with varied social causes and consequences, affecting not only the individuals as subjects of Law, but also society in general. From a vision of the theories of Realism, Liberalism and Constructivism of the discipline of International Relations, the research aims to learn lessons, making the subject relevant due to the growth of the use of drugs and the serious consequences they bring within Brazilian society.

KEYWORDS: Brazilian Army. Military values. Use of drugs.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Antecedentes – 3. Causas do uso de drogas – 4. Vulnerabilidades atuais e potenciais – 5. Sugestão de procedimentos – 6. Conclusão – 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, o tema drogas está presente na sociedade brasileira e internacional, entranhando-se em todos os meios. Além disso, é tratado, muitas vezes, com indiferença pelos que não são afetados pelos nefastos danos produzidos no tecido social. Portanto, a sua abordagem admite variados aspectos, desde os tratados filosóficos, passando pelos traços culturais e psicossociais de cada região ou país, para, por fim, refletir no campo militar com suas consequências.

Sendo assim, esse assunto está presente constantemente na agenda do Comandante em todos os níveis, em particular na rotina do Comandante de

Organização Militar (OM). Portanto, a intenção é tratá-lo de forma objetiva no que diz respeito às suas causas e suas consequências dentro da vida diária da caserna, nas Forças Armadas de maneira geral e, em particular, no tocante ao Exército Brasileiro (EB).

Com isso este artigo pretende analisar o tema, dentro de um enfoque militar, em quatro partes, quais sejam: os antecedentes; as causas do uso de drogas; as vulnerabilidades atuais e potenciais; e uma sugestão de procedimentos.

Ao final, pretende-se concluir sobre o que pode influenciar nos pilares básicos da instituição militar, quais sejam, a hierarquia e a disciplina, bens jurídicos tutelados pelo Estado e fundamentais para a manutenção do ordenamento militar.

2 ANTECEDENTES

A disciplina de Relações Internacionais se ocupa de analisar com profundidade o fenômeno social da droga, tendo uma variedade de entendimentos e abordagem em suas linhas teóricas. Assim, das concepções do Realismo, do Liberalismo e do Construtivismo podem ser retiradas muitas contribuições para a análise do caso brasileiro.

Inicialmente, parece muito adequado o que ressalta Aviléz (2011, pág. 194):

para uma visão completa do fenômeno das drogas ilícitas é necessário um enfoque eclético, que combine em sua análise elementos como o poder, a economia política internacional, assim como os valores morais e normas socialmente aceitas em um contexto concreto. A razão é que o fenômeno das drogas ilegais não é um assunto político unidimensional senão poliédrico, em que se combinam não somente poder, economia e moral, mas também muito mais¹. (tradução e grifo nossos).

¹ para una visión completa del fenómeno de las drogas ilícitas es necesario un enfoque eclético, que combine en su análisis elementos como el poder, la economía política internacional,

Este trabalho não aprofundará o enfoque de cada uma das linhas teóricas, apenas ressaltará alguns pontos de seu debate.

Na visão realista, as drogas são consideradas um problema de segurança e de criminalidade, sendo, assim, um inimigo do Estado e da sociedade, a qual deve responder mediante a proibição de determinadas substâncias. Essa concepção proibicionista foi plasmada nas principais convenções internacionais do século XX², sendo ratificada por praticamente todos os Estados da comunidade internacional e com a aplicação coercitiva da lei (AVILÉZ, 2011, pág. 195).

De sua parte, os liberais veem o fenômeno desde uma perspectiva de Economia Política Internacional. Adotando esse foco aplicado ao mercado das drogas ilegais, implica em estudar a política e a economia das drogas como um todo, mais do que considerar seus aspectos isolados. Portanto, a análise sob essa lente vai estudar a relação entre os Estados e os mercados, ou, de forma mais ampla, entre os atores políticos e as forças econômicas. No caso da droga, soma-se o elemento da ilegalidade. Nessa visão surge o conceito de responsabilidade compartilhada, em que o enfoque integral e equilibrado será tanto na redução da demanda, quanto no controle da produção e das rotas de tráfico (ibidem, pág. 202).

Já a perspectiva construtivista encara o tema centrada na análise dos valores e normas socialmente aceitas que conduzem à adoção de determinadas decisões políticas, entre elas a proibição de certas substâncias e a permissividade de outras. Permite, assim, incorporar o rol de normas, valores e diferenças culturais na análise do fenômeno, bem como das políticas de controle, tendo em

así como los valores morales y normas socialmente aceptadas en un contexto concreto. La razón es que el fenómeno de las drogas ilegales no es un asunto político unidimensional sino poliédrico, en el que se combinan no sólo poder, economía y moral, sino también mucho más.

² Mais informações disponíveis dos tratados internacionais sobre drogas estão em www.unodc.org.

conta a racionalidade instrumental (evidências científicas) que estão atrás das decisões, mas também considerando a racionalidade baseada nos valores morais daqueles que participam no processo político. Sob essa ótica, verifica-se que é fundamentalmente uma decisão política considerar o fenômeno das drogas como uma ameaça à segurança ou uma questão de saúde pública. Portanto, constata-se uma diferença clara da visão realista que considera as drogas ilegais como um perigo para as sociedades e para a segurança dos Estados (ibidem, pág. 203 e 204).

Do ponto de vista prático, o fenômeno movimenta uma quantidade enorme de recursos. Segundo o Informe Mundial sobre as Drogas (2007, pág. 170):

O tráfico de drogas é interessante para os grupos delitivos organizados transnacionais porque as drogas rendem mais benefícios que nenhuma outra forma de tráfico. É difícil atribuir um valor aos mercados ilícitos, mas as estimativas elaboradas por organizações especializadas indicam que o valor do tráfico de drogas é mais elevado em ordem de magnitude que a maior parte dos demais produtos ilícitos. No Informe Mundial sobre as Drogas 2005, a ONUDD avaliou o narcotráfico mundial em 320 bilhões de dólares americanos, cifra que concorda com as estimativas anteriores realizadas por diferentes fontes. As estimativas do valor de outras grandes correntes ilícitas são bastante inferiores³. (tradução e grifo nossos)

Vistas as diferentes linhas de pensamento trazidas à baila pela disciplina de Relações Internacionais, constata-se que o fenômeno da droga possui múltiplas dimensões, portanto, de difícil estudo em breves linhas. Com isso, pretendeu-

³ El tráfico de drogas es interesante para los grupos delictivos organizados transnacionales porque las drogas rinden más beneficios que ninguna otra forma de tráfico. Es difícil atribuir un valor a los mercados ilícitos, pero las estimaciones elaboradas por organizaciones especializadas indican que el valor del tráfico de drogas es más elevado en al menos un orden de magnitud que el de la mayor parte de los demás productos ilícitos. En el Informe Mundial sobre las Drogas 2005, la ONUDD tasó el narcotráfico mundial en unos 320.000 millones de dólares EE.UU., cifra que concuerda con estimaciones anteriores realizadas por distintas fuentes. Las estimaciones del valor de otras grandes corrientes ilícitas son bastante inferiores.

se apenas ambientar o tema para trazê-lo ao foco de suas implicações no caso brasileiro.

3 CAUSAS DO USO DE DROGAS

O uso de substâncias estupefacientes pelo gênero humano não é um fato novo. Pelos militares é uma realidade antiga, talvez porque a proximidade da batalha ou mesmo do batismo de fogo desperta a ansiedade dos homens, por mais jovens e vigorosos que sejam. Sendo assim, o álcool parece ser um elemento inseparável tanto na preparação para a batalha como do próprio combate, pois ao diminuir os reflexos autoprotetores, induz ao aparecimento e o sentimento de coragem (KEEGAN, 2000, pág. 304).

Prossegue Keegan (ibidem, pág. 304) ressaltando que, no caso norte-americano:

Há outras drogas que produzem o mesmo efeito, particularmente a maconha; o vício disseminado no exército norte-americano de maconha no Vietnã, por mais perturbador que possa ser para a consciência da nação, se não for considerado natural, certamente pode ser visto como uma resposta adequada às incertezas que a batalha impõe ao soldado. Além disso, a opção do Exército norte-americano tinha precedentes locais: os piratas do Mar do Sul da China tradicionalmente drogavam-se com maconha antes de atacarem os navios europeus. Tudo indica que tal quadro desperta e redobra um desejo de fortificação espiritual antes da batalha.

As causas para o uso de tais substâncias no meio militar podem ser as mais variadas: ansiedade, medo, necessidade de autoafirmação, fuga da realidade, falta de uma defesa espiritual diante de problemas, inadequado preparo para a missão a ser desempenhada, inclusão em determinado grupo social, baixa autoestima, dentre outras tantas.

Dessa maneira, é importante trazer à baila como a Procuradora Hevelize Pereira trata do tema além de uma perspectiva repressiva, em função dos efeitos que atentam contra os bens jurídicos penalmente tutelados pelo Estado (hierarquia e disciplina, o dever e o serviço militar), mas remetendo a uma visão capaz de lidar com uma doença, a qual não encontrou limites nos muros da caserna, e de todo aparato que assegura a efetividade da ordem administrativa militar e de seus integrantes (PEREIRA, 2010, pág. 273).

Nesse sentido, Pereira (ibidem, pág. 273) lança perguntas, as quais ainda são de difícil resposta, quais sejam, “como controlar e restringir a entrada de drogadictos [sic] nas Forças Armadas?” E, ainda, “será que o rigor da lei penal militar direcionado ao dependente químico representaria a real solução para esta doença devastadora?”

No seu raciocínio, a autora prossegue, constatando que o tema “transcende ao direito repressivo, buscando uma abordagem multidisciplinar (sociológica, psicanalítica e médica) sem a qual a ciência jurídico-penal não pode prescindir.” Em um primeiro momento, a autora encontra uma possível resposta na problemática sócio-familiar de pleno abandono, cuja saída seria “a única e heróica chance do serviço militar” (PEREIRA, 2010, pág. 274).

Esse pensamento é coerente com a realidade e com a relevância do serviço militar obrigatório, pois o transforma no mais democrático instrumento da cidadania, pois não distingue nenhum brasileiro ao seu cumprimento.⁴ Por outro lado, também é a forma que dispõe o cidadão de prestar a sua contribuição ao seu país, recebendo em troca as noções básicas que o ajudarão no prosseguimento do exercício de sua cidadania, conforme está previsto na legislação a respeito⁵, a qual frisa que:

⁴ Lei nº 4375, de 17 de agosto de 1964 – Lei do Serviço Militar.

⁵ Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966 – Regulamento da Lei do Serviço Militar.

Art. 4º O Serviço Militar consiste no exercício das atividades específicas desempenhadas nas Forças Armadas - Exército, Marinha e Aeronáutica - e compreenderá, na mobilização, todos os encargos relacionados com a defesa nacional.

§ 1º Tem por base a cooperação consciente dos brasileiros, sob os aspectos espiritual, moral, físico, intelectual e profissional, na segurança nacional.

§ 2º Com as suas atividades, coopera na educação moral e cívica dos brasileiros em idade militar e lhes proporciona a instrução adequada para a defesa nacional. (grifo nosso)

Sendo assim, o serviço militar obrigatório torna-se o grande responsável pelo acolhimento dos inúmeros jovens provenientes das mais diversas origens e com suas variadas vidas pregressas. Tudo isso é muito adequado e importante diante da grande extensão geográfica do Brasil e sua diversidade cultural.

Diante do quadro sócio-familiar proposto pela autora (ibidem, pág. 274), acrescenta-se a desestruturação familiar como um componente a ser estudado. Nessa vertente, o psiquiatra Sérgio de Paula Ramos traz colaboração a respeito, em artigo que trata do filme “Cazuza” e sua vida ligada às drogas.

Segundo o psiquiatra, vemos alguns indicadores importantes, como a vida acelerada (o tempo não pára), transtorno bipolar de humor (diagnóstico impreciso devido à necessidade de abstinência ao uso de drogas) redundando em dependência de maconha e cocaína, além de uso nocivo de álcool. Porém, o ponto central de sua análise faz referência à vida quase simbiótica que o protagonista tinha com sua mãe, bem como à distância que o afastava do pai. Nesse ponto, destaca Ramos⁶ que:

É ilustrativo o fato de que quando está morrendo, grita que quer voltar para onde tinha vindo, faz-se levar para o mar, para a água, simbolicamente para o útero de sua mãe. Mesma mãe que em outra cena emblemática leva-lhe a gasolina, pois a do carro dele acabara. Parece mesmo que mãe e filho permaneceram fundidos por esta crença materna que se não fosse por ela a gasolina de Cazuza acabaria. No que deu? Deu que quando tornou-se grandinho foi procurar outras gasolinas e as encontrou nas drogas. E o pai? Que pai, é de se perguntar. Distante, frio, e quando aparece, é para colocar seu filho, ainda adolescente, sob cuidados de um auxiliar drogado, ele também muito acelerado.

⁶ Disponível em: <<http://site.sppa.org.br/paginas/91/PsicanaliseeCulturaCinema>>. Acesso em 7 Abr 16.

Em suma, continua Ramos destacando que “A importância para mim do filme *Cazuza* é podermos nos dar conta desta constelação familiar de excessiva maternagem e falta de paternagem, ocorrência freqüente em nossos dias”. Prosseguindo, Ramos esclarece algo sobre nosso tempo. Aduz que, em Porto Alegre, nos últimos 15 anos, o consumo de todas as drogas, por parte dos adolescentes, aumentou muito.

Sendo assim, propõe o autor uma retomada para que, junto com compreensão e acolhimento, se possa resgatar os limites tão necessários para a estruturação de uma personalidade sadia, em que a presença da figura do pai seja aumentada. Conclui, ainda, que adultos, pais e professores, não podem ser deixados levar pelo jogo de palavras, aparentemente poético-filosófico tão ao gosto dos adolescentes, onde existe o certo, o errado e tudo o resto. Para ele, adultos, pais e professores têm o dever de saber o que é certo e o que é errado, mesmo tendo o direito de, por vezes, errar.

Verifica-se, assim, um ponto que parece crucial à proposta deste trabalho. Vê-se o jovem oriundo de uma sociedade em constante conflito de valores, que, em pouco espaço de tempo, deverá prestar o serviço militar obrigatório. Nesse período, estará sob a legislação militar e necessitará de uma adaptação às novas realidades da vida na caserna, justamente em uma fase em que o aprendizado será mais difícil que na vida infantil. O conflito de ideias em sua mente na construção de sua personalidade será inevitável nesse período. Disso decorrerá o acompanhamento constante e a orientação segura em todos os níveis de Comando.

Do ponto de vista estritamente militar, todas as causas que desencadeiam o uso de drogas podem ser minimizadas em seus efeitos com uma única atitude diante do problema. Na rotina militar, denomina-se “ação de Comando”, que pode ser resumida em uma palavra: PREVENÇÃO. Isto vai ao encontro da legislação pertinente, em particular ao previsto nos artigos 18 e 19 da Lei nº 11.343, de 23

de agosto de 2006, os quais tratam justamente dos princípios e diretrizes para as atividades de prevenção do uso indevido de drogas.

Na análise da vida pregressa daqueles que ingressarão na caserna, verifica-se que a EDUCAÇÃO é a convergência para uma possível solução ao problema. Em uma abordagem psicopedagógica, pode-se dizer que seja uma educação não só instrutiva (dar conhecimento), mas moralizadora (despertar atitudes), em que a criança, não só um futuro soldado, mas também um futuro cidadão, receba os cuidados e as ferramentas necessárias para tomar suas próprias decisões. Nesse sentido, existem muitas iniciativas que buscam esse intento, em especial, o PROERD⁷, o qual é conduzido com êxito em muitos estados do Brasil e é destinado a jovens em período escolar.

Desse modo, verifica-se que duas são as chaves para uma abordagem efetiva diante da problemática em questão, PREVENÇÃO e EDUCAÇÃO.

4 VULNERABILIDADES ATUAIS E POTENCIAIS

Em linhas gerais, a situação do consumo de drogas em escala mundial tem permanecido estável. A constatação aparece no Informe Mundial sobre as Drogas (2013, pág. 3), realizado pelo Escritório das Nações Unidas contra a Droga e o Delito. O relatório afirma que:

Ainda que se haja registrado certo aumento do número total estimado de consumidores de substâncias ilícitas, as estimativas indicam que o número de consumidores de drogas com dependência ou transtornos devidos ao consumo de drogas tem permanecido estável. O aumento do número de consumidores estimado anualmente é reflexo, em grande medida, do aumento da população mundial. [...] O crescente número de NSP (Novas Substâncias Psicoativas) que aparecem no mercado chega a ser também uma questão de grande importância para a saúde pública, não só pelo crescente consumo, mas também pela falta

⁷ Programa Educacional de Resistência às Drogas e à Violência.

de investigações científicas e o desconhecimento de seus efeitos negativos⁸. (tradução e grifo nossos)

Atualmente, a quantidade de informação disponível às pessoas é inversamente proporcional à qualidade, bem como aos interesses contidos nessa informação. A situação pode ser explicada da seguinte forma: nem tudo é como parece ser. Nesse raciocínio, o uso cada vez maior de técnicas de propaganda, destinado ao convencimento de massas ao consumo, não só de produtos, mas de ideias, deve provocar questionamentos.

Trazendo o foco ao tema desse artigo, cabe uma pergunta atual: a quem pode interessar a legalização da maconha?

Novamente Ramos (2014) traz à baila esse interessante questionamento e possíveis respostas. Uma delas é a distância entre o discurso e a realidade, como o que pode ser visto no caso da legalização por parte do país vizinho ao Brasil, o Uruguai:

No memorável poema “Morte e vida Severina”, o poeta João Cabral de Melo Neto coloca na boca do mestre Carpina o verso “difícil defender, só com palavras, a vida”. Lembrei-me dele ao ler o discurso feito, na recente assembleia geral da ONU, pelo Presidente do Uruguai, José Mojica. Trata-se de uma bela peça de oratória que foi muito elogiada, inclusive por amigos meus.

Menos badalado foi o encontro que Mojica teve na véspera de seu discurso, com o megainvestidor George Soros. O motivo do encontro, pelo que li nos periódicos uruguaios, foi para discutirem a política sobre drogas que o Presidente quer implantar no país vizinho.

No discurso fez um alerta contra o consumismo. Na entrevista, aparentemente não se preocupou que o consumo, ao menos de maconha, aumentará no Uruguai, se sua

⁸ Aunque se ha registrado cierto aumento del número total estimado de consumidores de sustancias ilícitas, las estimaciones indican que el número de consumidores de drogas con dependencia o trastornos debidos al consumo de drogas ha permanecido estable. El aumento del número de consumidores estimado anualmente es reflejo, en gran medida, del aumento de la población mundial. El creciente número de NSP (Nuevas Sustancias Psicoactivas) que aparecen en el mercado ha llegado a ser también una cuestión de gran importancia para la salud pública, no solo por el creciente consumo, sino también por la falta de investigaciones científicas y el desconocimiento de sus efectos negativos.

pretensão for realmente implementada, apesar de 63% da opinião pública ser contra.

Terminada a entrevista, o megainvestidor elogiou a coragem de Mujica de “fazer do Uruguai um laboratório para o mundo”. E, acrescento eu, dos uruguaios, cobaias. (grifo nosso)

Nessa mesma linha, continua Ramos (ibidem) constatando que:

Neste grande debate internacional sobre diferentes formas de liberar a maconha está ficando cada vez mais claro quem são os protagonistas. De um lado, os profissionais da saúde a alertar que em todas as experiências internacionais ocorridas até agora houve aumento de consumo da droga. A ABEAD⁹, em boa hora, dedicou-se ao tema e evidenciou que isso ocorreu em Portugal, Reino Unido, Austrália, Holanda e nos Estados Unidos, que adotaram posturas liberalizantes. Do outro lado, além de usuários e de alguns defensores do “direito de se drogar”, os demais protagonistas são porta vozes de interesses econômicos, seja de megainvestidores que vislumbram no negócio da maconha uma nova oportunidade de ganhar dinheiro, sejam empresas estabelecidas que já detêm conhecimento na exploração de outro tipo de cigarro.

Portanto, não me parece que estejamos frente a um debate romântico intelectual sobre direitos, mas sim se somos a favor ou contra que o capitalismo selvagem passe a explorar este novo negócio mesmo que em detrimento da saúde da população. Afinal, há um século, a indústria do tabaco anunciava que cigarro fazia bem para a garganta e para afecções pulmonares como bronquites e asma. Agora se diz que maconha faz bem para determinadas doenças! (grifo nosso)

O que pode ser visto, até aqui, é que inúmeros são os interesses e as forças que agem nesse complicado emaranhado. Entretanto, a complexidade do problema vai-se tornando mais clara quando são vistos os dados divulgados no Informe Mundial sobre as Drogas (2013, pág. 3), o qual destaca que:

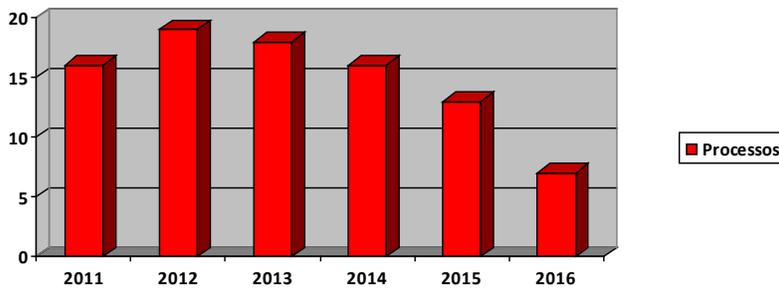
Em 2011, o número de mortes relacionadas com as drogas se estimou em 211.000. A maioria dessas mortes se produziu entre a população mais jovem de consumidores e, em grande medida, podia ter sido prevenida. [...] Segue existindo uma importante lacuna na prestação de serviços de tratamento da toxicod dependência: tão somente um entre cada seis consumidores de drogas problemáticas havia recebido tratamento durante o ano precedente¹⁰. (tradução e grifo nosso)

⁹ Associação Brasileira de Estudos do Alcool e outras Drogas.

¹⁰ En 2011, el número de muertes relacionadas con las drogas se estimó en 211.000. La mayoría de esas muertes se produjo entre la población más joven de consumidores y, en gran

Trazendo à lente do campo militar, é importante que sejam verificados alguns dados concretos pertinentes ao problema para serem analisadas corretamente as possíveis vulnerabilidades do Exército Brasileiro. Dessa forma, o número de processos que tramitaram ou estão tramitando na Justiça Militar pode ser um indicador para que continuem sendo tomadas medidas preventivas.

O quadro a seguir apresenta dados estatísticos da área de jurisdição da Procuradoria da Justiça Militar localizada em Bagé-RS, a qual abrange 46 Organizações Militares (OM), todas no estado do Rio Grande do Sul. Nele pode ser visto que está havendo um pequeno declínio de processos naquela região, desde o ano de 2011 até maio de 2016 (relativos ao Art. 290 do CPM).



Fonte: PJM/Bagé-RS (organizado pelo autor)

Uma fonte relevante ao estudo foi a Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a Justiça Militar da União (PCCRIM), a qual analisou os dados do Sistema de Acompanhamento de Processos da Justiça Militar (SAM), no período de 2002 a 2012, em todo o país. Nesse período estudado houve 1592 processos de entorpecente. Segundo essa pesquisa, houve uma evidente elevação dos crimes relativos a substâncias entorpecentes ou de efeito similar, com

medida, podía haberse prevenido. [...] Sigue existiendo una importante lacuna en la prestación de servicios de tratamiento de la drogodependencia: tan solo uno de cada seis consumidores de drogas problemáticas había recibido tratamiento durante el año precedente.

uma taxa de crescimento da ordem de 18,45% ao ano, saindo de 64 crimes no ano de 2002 para 192 casos em 2012 (PCCRIM, vol 6, pág. 12).

Outros dados que estão na PCCRIM (ibidem, pág. 30), no tocante ao perfil do envolvido em crimes de tráfico, posse ou uso de entorpecente, e são relevantes à análise:

- a) 99% são homens;
- b) 98% são cabos ou soldados;
- c) 85% têm no máximo 21 anos;
- d) 94% são solteiros;
- e) 52% têm no máximo o ensino fundamental completo (observando que em 28% dos processos não há informação sobre o grau de instrução);
- f) 35% são da Região Sul e 35% da Região Sudeste.

Quanto a outras variáveis importantes da PCCRIM (ibidem, pág. 33, 36 e 39) e que devem ser consideradas:

- a) em 81,6% dos casos a maconha é a substância mais encontrada;
- b) em 36% dos casos os envolvidos estavam de serviço no momento do crime (destes 20% estavam armados);
- c) 42% dos envolvidos alegam uso esporádico ou eventual;
- d) 25% dos envolvidos alegam vício ou dependência química;
- e) 73% dos envolvidos foram condenados;
- f) 24% dos envolvidos foram absolvidos.

Na discussão dos dados apresentados, a PCCRIM (ibidem, pág. 40) revela que o total de crimes relacionados a substâncias entorpecentes vem crescendo de modo alarmante na Justiça Militar da União, em todas as regiões do país, mas, especialmente, na Região Sul.

Portanto, conclui-se parcialmente que, em um primeiro momento, a referida pesquisa indica que se deve persistir na atitude preventiva. Dessa forma, serão atenuadas as vulnerabilidades e serão diminuídos os efeitos nocivos causados tanto ao moral da tropa, quanto à disciplina militar das OM.

Um fator de igual atenção é a prevenção ao uso de substâncias anabolizantes, tão em moda e de fácil acesso ao público, mas sem o necessário esclarecimento sobre seus efeitos e com profundos prejuízos à saúde dos usuários desses produtos. Atento a essa tendência, o Exército Brasileiro possui um Programa de prevenção e controle da rabdomiólise. Essa síndrome pode apresentar inúmeras causas, dentre as quais as mais comuns são o uso de álcool, o excesso de atividade física, mas também principalmente o uso de determinadas drogas ilícitas ou não.

5 SUGESTÃO DE PROCEDIMENTOS

A força moral do soldado aumenta quando é bem comandado.¹¹

General Osorio

A intenção nesse ponto não é a de discorrer um corolário de recomendações, mas sim transmitir uma experiência pessoal que pelo menos sirva de guia àqueles que, de alguma forma ou de outra, estarão ligados ao tema das drogas. Algumas delas já estão sugeridas na conclusão da PCCRIM (ibidem, pág. 40 a 42).

¹¹ Trecho da carta ao Ministro da Guerra, datada de 2 de novembro de 1865.

Serão listadas algumas medidas de fácil implementação e que podem minimizar ou mesmo neutralizar os efeitos negativos do uso de drogas em áreas sob administração militar, em especial no trato com recrutas (público-alvo que poderá multiplicar esse conhecimento na sociedade), e que podem servir tanto preventivamente como corretivamente. Não estão em ordem de prioridade, mas poderão ser úteis aos que terão o primeiro contato com o jovem que chega para prestar o serviço militar, quais sejam:

a) rigoroso processo de seleção: o processo de seleção (inicial e complementar) já está bastante consagrado pelo uso, ainda que sempre seja possível aperfeiçoamento. Seu judicioso acompanhamento e a condução pelos melhores militares da OM envolvida com esta atividade são a chave para a seleção dos mais aptos e que possuem as características necessárias à prestação do serviço militar inicial;

b) trabalho multidisciplinar para a identificação de problemas relativos ao uso de drogas: a complexidade do problema requer que se recorra ao máximo de profissionais disponíveis na busca de soluções adequadas a cada caso. Assim, deve-se contar inicialmente com o apoio médico especializado, o qual indicará o caminho a seguir, como indicação ao atendimento psicológico e/ou psiquiátrico quando for o caso. Nesse sentido, a utilização de palestras motivacionais dos mais variados temas, seja de sentido profissional ou com a finalidade de autoajuda, são adequados métodos preventivos;

c) adequado controle do tempo livre: a sabedoria popular já ensina que “mente desocupada é a oficina do diabo”. Isso torna fundamental que se controlem os tempos destinados ao lazer e mesmo quando estiver com sua própria família, pois, se o ambiente em que convive fora da caserna for de risco, a possibilidade de sucumbir diante de apelos externos é aumentada. Aqui é importante uma atuação

educativa (função educadora do serviço militar), auxiliando o recruta a futuramente saber distribuir adequadamente seu horário disponível;

d) acompanhamento constante e oportuno: o aumento do uso de tecnologias até antes de difícil acesso popular, como os celulares de última geração, tem ocasionado um afastamento dos que estão mais próximos e uma aproximação dos que estão longe. Conquanto seja uma evolução natural e traga inúmeros benefícios, para o meio militar ocasiona a perda do contato pessoal e um afastamento prejudicial ao atributo, muito valioso, da camaradagem. Esta, só é possível se houver interação de pessoas, senão é vazia ou mesmo deixará de existir. Além disso, a relação superior-subordinado exige comunicação. O chefe ou comandante em qualquer nível hierárquico que não se interessa pelo subordinado, dificilmente poderá antecipar o conhecimento de problemas e ajudar nos momentos críticos;

e) acompanhamento especializado com profissionais experientes no tratamento do uso de drogas: uma vez detectado o problema é necessário valer-se de todos os recursos disponíveis. Nesse momento, a busca por todos os serviços e profissionais com experiência pode ser a diferença para se alcançar um resultado positivo;

f) estímulo às atividades esportivas e culturais: as atividades esportivas são parte da rotina diária da vida militar, não obstante, na atualidade, não serem as mais preferidas pela juventude. O estímulo à competição sadia desenvolve laços de amizade e camaradagem que só se conseguem através do esporte. Da mesma forma, o desenvolvimento de mentalidade que desperte o gosto pela cultura em geral, pela História do lugar onde se vive e pela valorização das raízes culturais fortalece o sentimento de cooperação, além de ensinar de forma positiva a utilizar o seu tempo disponível ao lazer.

g) educação sobre o tema: a abordagem do tema “Drogas” deve ser a mais clara e objetiva possível, tratando dos malefícios que causa à saúde, além das consequências penais que podem advir sobre seu uso em local sob administração militar. A preparação dos militares encarregados de ministrar o assunto deve ser muito bem supervisionada e orientada, sem improvisações. Para tanto, o Exército Brasileiro dispõe do Programa de Prevenção à Dependência Química (PPDQ), denominado Programa *Phoenix*, o qual está em pleno vigor e aponta as diretrizes para seu desenvolvimento no âmbito do Comando do Exército.

h) ênfase nos valores morais: o Estatuto dos Militares traz de maneira bastante precisa uma síntese das principais virtudes militares. O seu uso não deve ser limitado apenas a uma vez ensinado considera-se aprendido, mas sim deve ser vivenciado e exemplificado no cotidiano da caserna, tornar gratificante o exercício constante e persistente dessas virtudes para a vida do soldado e do cidadão.

As medidas até aqui enunciadas não têm a pretensão de esgotar o assunto, mas podem servir de lição aprendida dentro de uma observação baseada na experiência. Como o tema em questão é de interesse comum entre diversas partes interessadas, das quais destacam-se entre tantas, os Comandos de OM, a Justiça Militar da União, o Ministério Público Militar e a Defensoria Pública, o esforço deve ser conjunto.

Portanto, a previsão de exposições claras e com linguagem acessível, a presença mais constante, efetiva e com caráter de orientação nas Unidades militares por parte de cada uma das instituições envolvidas, atingirá mais efetivamente a todos os militares e não só ao jovem que chega ao serviço militar obrigatório. Dessa forma, serão empregados todos os meios disponíveis para aumentar o interesse sobre o assunto, além de divulgar e desenvolver o binômio PREVENÇÃO –

EDUCAÇÃO no combate ao uso de drogas, particularmente em locais sob administração militar.

6 CONCLUSÃO

A carreira militar em si é um exercício constante da prática de virtudes. Diante de inúmeras privações, do treinamento exaustivo para atingir uma eficiência operacional adequada e das características próprias do profissional das armas, há a exigência diuturna na busca de virtudes, dentre as quais estão a abnegação, o desprendimento, a ajuda desinteressada, o altruísmo, a coragem física e moral, a disciplina, a camaradagem e o sentimento do dever, que são a base da formação moral do soldado brasileiro. Tudo isso torna-se a expressão máxima do valor militar, da ética militar, das obrigações militares e dos deveres militares previstos no Estatuto do Militares, sendo a força motora que impulsiona as Forças Armadas ao cumprimento de sua missão constitucional expressada no artigo 142 da Constituição Federal.

O uso de drogas de qualquer tipo, em área sob administração militar, é altamente nocivo, totalmente contrário aos princípios e valores militares. Nesse sentido, os prejuízos que seu uso por militares ocasiona podem atingir diretamente os bens jurídicos tutelados pelo Estado, quais sejam, a hierarquia, a disciplina, o dever militar e o serviço militar.

Na atualidade, diante de práticas sociais carentes de indicar limites claros ao indivíduo, cabe às instituições empreenderem, de forma lúcida e dentro do princípio que o Estado existe para proteger o cidadão, o esforço conjunto no sentido de preveni-lo e educá-lo. Uma vez educado, esclarecido e instruído poderá

usar de seu verdadeiro senso de liberdade, agindo, aí, por conta e risco de seu livre-arbítrio e admitindo conscientemente as consequências de seus atos.

No Brasil, o serviço militar obrigatório permite, além de garantir o cumprimento da missão constitucional (principal), promover uma função educadora (subsidiária) no sentido de auxiliar a sociedade na formação do cidadão. Embora não seja a missão precípua das Forças Armadas, a contribuição social torna-se importante diante das inúmeras discrepâncias regionais e da falta da presença do Estado em muitas regiões distantes do país, em especial na faixa de fronteira. Só a capilaridade da presença militar é capaz de atingir tal objetivo, além de proporcionar a sensação de segurança e contribuir para o desenvolvimento da mentalidade de defesa.

Por fim, o artigo procurou trazer um tema considerado relevante e atual para, vendo de uma forma holística, ir além do campo do Direito Militar, não pretendendo ser conclusivo, mas sim trazer ao debate uma questão que afeta a todos os brasileiros. Logo, muitos conceitos foram colocados nessa breve investigação que merecem atenção e aprofundado estudo científico e acadêmico.

Em uma visão pragmática e em sentido amplo, urge que providências consistentes sejam intensificadas a fim de se proporcionar melhor destino às gerações futuras de jovens brasileiro, em que as oportunidades de PREVENÇÃO e de EDUCAÇÃO sejam colocadas à disposição de toda a sociedade brasileira.

7

REFERÊNCIAS

AVILÉZ, C. S. La criminalidad transnacional organizada y el fenómeno de las drogas ilegales. Una mirada más allá de las concepciones clásicas de la seguridad

internacional. 2011. Disponível em: <http://iugm.es/uploads/tx_iugm/IUGM_ACTAS_III_JOR

NADAS_EST_DE_SEGURIDAD.pdf>. Acesso em: 24 Jun. 2016.

BRASIL. Boletim do Exército nº 11/2010, de 19 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.sgex.eb.mil.br/sistemas/be/boletins.php>>. Acesso em: 24 Jun. 2016.

_____. Estatuto dos Militares. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm>. Acesso em: 26 Jun. 2016.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 19 Abr. 2016.

_____. Manual de Estilo da Revista do Ministério Público Militar. 2015. Disponível em: <<http://www.mpm.mp.br/editorial/>>. Acesso em: 20 Jun. 16.

_____. Superior Tribunal Militar. PCCRIM (Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a JMU) / Superior Tribunal Militar. 7v. Brasília, 2015.

KEEGAN, J. *A face da batalha*; tradução de L. P. Macedo Carvalho. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Ed., 2000.

ONU. Informe Mundial sobre las Drogas. Oficina contra la droga y el delito. 2007. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2007/WDR%202007_Spanish_web.pdf>. Acesso em: 2 Jun. 2016.

_____. Informe Mundial sobre las Drogas – Resumen Ejecutivo. Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. 2013. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_drugs/WDR/2013/World_Drug_Report_2013.pdf>. Acesso em: 2 Jun. 2016.

_____. Informe Mundial sobre las Drogas – Resumen Ejecutivo. Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. 2015. Disponível em: <<http://www.ipu.org/splz-e/unga16/drug-report-s.pdf>>. Acesso em: 2 Jun. 2016.

PEREIRA, H. J. C. P. Drogadicção nas Forças Armadas. Revista do Ministério Público Militar nº 21. 2010. Disponível em: <<http://www.mpm.mp.br/portal/editorial/revista-21.pdf>>. Acesso em: 7 Abr. 16.

RAMOS, S. P. A quem interessa a legalização da maconha? Disponível em: <<http://saudepublicada.sul21.com.br/2014/04/22/a-quem-interessa-a-legalizacao-da-maconha-2/>>. Acesso em: 7 Abr. 16.

_____. Cazusa: O tempo não pára ou no que dá ter mãe demais e pai de menos. Disponível em: <<http://site.sppa.org.br/paginas/91/PsicanaliseeCulturaCinema>>. Acesso em 7 Abr. 16.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA SUBMISSÃO DE CIVIS À JURISDIÇÃO PENAL MILITAR DA UNIÃO



THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF
SUBMISSION OF CIVILIANS TO MILITARY
CRIMINAL JURISDICTION OF THE UNION

Selma Pereira de Santana

Promotora de Justiça Militar em Salvador(BA)

Professora Ajunta de Direito da Penal da Faculdade de Direito da Universidade

Federal da Bahia

Doutora e mestre em ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da

Universidade de Coimbra

Adriano Alves-Marreiros

Promotor do Ministério Público Militar da União

Camila Carvalho Souza

Estagiária do Ministério Público Militar

Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia

RESUMO: Trata-se de artigo que tem por escopo abordar a (in)constitucionalidade da submissão de civis à jurisdição penal da Justiça Militar da União. A relevância

do tema, a seu turno, está associada a sua atual evolução interpretativa, tanto no ordenamento jurídico pátrio, como no plano do Direito Comparado. Utilizou-se o método de pesquisa exploratório bibliográfico, com análise de dispositivos constitucionais e legais relacionados à temática, bem como de decisões judiciais, sempre à luz do posicionamento da doutrina especializada. Os resultados obtidos revelaram que a submissão de civis à jurisdição penal militar da União coaduna com os valores jurídicos internos, tendo esta evoluído, historicamente, da condição de um foro exclusivamente pessoal para um foro em razão da matéria, qual seja, a proteção das Instituições Militares, relacionadas à própria existência e manutenção do Estado. Também reforçou este entendimento o fato de a Justiça Militar brasileira possuir previsão constitucional, integrar o Poder Judiciário e respeitar as modernas garantias que permeiam o Processo Penal, o que a diferencia da estrutura das Cortes Marciais ou Tribunais Militares presentes nos demais países analisados. Este panorama permitiu concluir, então, que a submissão de civis à jurisdição penal militar da União, no Brasil, não viola a Constituição. No entanto, a sua constitucionalidade não afasta o anseio por uma atualização legislativa, diante do que se sugere, por fim, que o réu civil passe a ser julgado, monocraticamente, pelo Juiz-Auditor.

PALAVRAS-CHAVES: Competência da Justiça Militar da União. Julgamento do Civil. Jurisdição Penal Militar sobre civis.

ABSTRACT: This article has the goal of studying the (un) constitutionality of submitting civilians to the criminal jurisdiction of the Union Military Justice. The relevance of this issue is associated with its current interpretive evolution, both in the Brazilian legal system, as in the plan of Comparative Law. It was used the bibliographic exploratory research method, with analysis of constitutional and legal provisions related to the theme, as well as court decisions, always referring to the positioning of specialized scholars. The results showed that the submission of civilians to military criminal jurisdiction of the Union is in accordance with the

internal legal order, and this evolved, historically, from the condition of a personal jurisdiction for a subject matter jurisdiction, more specifically, the protection of the Military Institutions, related to the existence and maintenance of the State. Also reinforced this understanding the fact that the Brazilian Military Justice has constitutional provision, integrate the Judiciary and respect modern guarantees of the Criminal Procedure, which differs it from the structure of Martial or Military Courts present in the other countries analyzed. Then, this scenario allowed the conclusion that the submission of civilians to military criminal jurisdiction of the Union does not violate the Constitution. However, its constitutionality does not remove the desire for a legislative update, at what is suggested, finally, that civilians start to be judged, monocratically, by the Military Judge.

KEYWORDS: Union Military Justice competence. Civil judgment. Penal Military Jurisdiction about civils

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Marco constitucional da atualidade – 3. Breve histórico da submissão de civis à jurisdição penal militar nas Constituições brasileiras – 4. As Forças Armadas na Constituição de 1988 – 5. Abordagem principiológica – 5.1. Princípio do Estado Democrático de Direito – 5.2. Princípio da Igualdade – 5.3. Princípio do Juiz Natural – 6. Interpretação aplicada pelo Supremo Tribunal Federal: análise dos principais argumentos – 6.1. Caso “Ex Parte Milligan” – 6.2. Tendência mundial à exclusão dos Tribunais Militares em tempo de paz ou da submissão de civis a eles – 6.2.1. Portugal – 6.2.2. Colômbia – 6.2.3. Argentina – 6.2.4. Paraguai – 6.2.5. México – 6.2.6. Uruguai – 6.3. Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, de 2005) – 7. Conclusão. – 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a analisar a (in) constitucionalidade da submissão de civis à jurisdição penal militar da União, cuja relevância evidencia-se pela sua atual evolução interpretativa, o que é verificável pelo teor das decisões do Supremo Tribunal Federal, pelos pronunciamentos da Corte e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como pela propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 289.

Para a sua realização foi utilizado o método exploratório bibliográfico, partindo-se da abordagem dos dispositivos constitucionais e legais relacionados à temática, bem como das decisões judiciais do Superior Tribunal Militar e do Supremo Tribunal Federal, sempre à luz do posicionamento doutrinário. Assim, foram coordenados elementos próprios ao Direito Constitucional, ao Direito Penal e Processual Penal e ao Direito Penal e Processual Penal Militar.

O acesso aos dados da pesquisa foi indireto. Em relação ao levantamento de dados, impende destacar que este se consubstanciou na principal dificuldade para o desenvolvimento do estudo, dada a escassez de obras que tratassem do tema pelo prisma da sua (in) constitucionalidade. Isto revela a necessidade de continuidade e aprofundamento de pesquisas relacionadas ao assunto, especialmente diante de sua atualidade e especialidade.

A estrutura do artigo, por sua vez, foi elaborada com vistas a expor o tratamento do tema na Constituição vigente, traçar um panorama histórico da submissão de civis à jurisdição penal militar nas diversas Constituições brasileiras, além de delinear o papel das Forças Armadas na Constituição de 1988 e abordar criticamente os principais princípios constitucionais envolvidos com a (in) constitucionalidade da submissão de civis à Justiça Militar da União.

Após, direcionou-se a abordagem ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, cuja leitura restritiva da competência penal da Justiça Militar da União para julgamento de civis ganhou força a partir de 2010. Analisou-se, então, os principais argumentos espostos pelo órgão, com destaque para o caso “Ex parte Milligan”, para a tendência mundial de exclusão dos Tribunais Militares em tempo de paz ou da submissão de civis a eles e pela sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Palamara Iribarne *versus* Chile.

Ante o exposto, buscou-se examinar o tema da maneira mais abrangente possível, com a reunião de aspectos constitucionais, legais e jurisprudenciais, além do recurso ao posicionamento doutrinário e ao seu tratamento em escala internacional, mas sem a audácia de vislumbrar esgotá-lo. Com isto, intenta-se que o presente trabalho possa prestar um contributo salutar à discussão e, também, à realidade brasileira.

2**MARCO CONSTITUCIONAL DA ATUALIDADE**

A competência para o julgamento de civis pela Justiça Militar da União está, atualmente, lastreada no artigo 124 da Constituição Federal de 1988, que dispõe a ela competir processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Em complemento, o parágrafo único deste dispositivo também delega à lei a disposição sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

Ademais, sustenta a possibilidade de submissão de civis à jurisdição penal militar da União a previsão insculpida no artigo 92, inciso VI, do mesmo diploma normativo, que inclui, como órgãos do Poder Judiciário brasileiro, os Tribunais e Juízes Militares. Ainda, o artigo 122 elenca o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes Militares como órgãos da Justiça Militar.

Estes marcos constitucionais são de extrema importância para a fixação da parcela de jurisdição conferida aos Juízes e Tribunais Militares. Segundo Esdras dos Santos Carvalho (2010, p. 87), a jurisdição pode ser entendida como a atribuição outorgada pelo legislador para que o juiz atue em substituição à atividade de autotutela das partes, na busca da pacificação social, mediante a aplicação do direito ao caso concreto.

Em atenção aos critérios constitucionais de repartição do poder político, também o poder jurisdicional foi repartido em competências, com a finalidade de melhor operacionalizar a administração da Justiça, as quais podem ser reunidas sob a cláusula presente no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição vigente, segundo a qual ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente (PACELLI, 2013, p. 198).

Pode-se afirmar, também que, com base na racionalização e otimização destas mesmas competências, deu-se uma especialização do Poder Judiciário, de acordo com a matéria dada ao conhecimento de cada órgão jurisdicional. Em relação à jurisdição penal militar, a terminologia “Justiça especializada” busca realçar, ainda mais, seu grau de especialização, em razão de o Direito Penal Militar apresentar características próprias e especiais em relação ao Direito Penal comum (PACELLI, 2013, p. 198-199).

Dircêo Torrecillas Ramos (2011, p. 23) nos esclarece, contudo, que essa Justiça especializada não se confunde com uma justiça de exceção, composta por tribunais de exceção ou foros privilegiados criados para casos concretos, além de temporários e arbitrários. Ao contrário, a Justiça especializada é permanente, orgânica, aplica-se a todos os casos sob sua competência e está prevista na Constituição.

Grandes constitucionalistas do país mencionam essa especialização e a expressa delegação da definição dos crimes militares à lei, sem a elas suscitarem

críticas¹. José Afonso da Silva (2014, p. 601), no entanto, pertinentemente observa que, apesar de serem da competência da Justiça Militar os crimes militares definidos em lei, deve haver um núcleo de interesse militar nos tipos, para que a lei não se desborde das balizas constitucionais e seja considerada ilegítima.

Por fim, convém consignar que tal competência para o julgamento de civis não se aplica no âmbito da Justiça Militar estadual, pois o artigo 125, § 4º, da Constituição de 1988, prevê que a ela se submetem, apenas, os militares dos estados, no caso, os policiais e bombeiros.

3

BREVE HISTÓRICO DA SUMISSÃO DE CIVIS À JURISDIÇÃO PENAL MILITAR NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A República Federativa do Brasil encontra-se sob a égide de sua sétima Constituição, ou oitava, para aqueles que consideram que a abrangente Emenda Constitucional efetuada em 1969 inaugurou uma nova ordem constitucional. Assim, à Constituição do Império de 1824, se seguiram as Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988.

Contudo a Justiça Militar foi implantada antes mesmo dos textos constitucionais, através de Alvará Régio do Príncipe Regente D. João, em 1º de abril de 1808. O Conselho Supremo Militar e de Justiça foi, então, o primeiro órgão a ter jurisdição sobre todo o território nacional, sendo um foro especial para julgar os delitos militares (BIERRENBACH, 2011, p. 357).

No entanto, a Constituição Política do Império do Brasil, outorgada por Dom Pedro I em 1824, não fazia referência aos crimes militares. Foi apenas na

¹ Cf. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, no livro *Curso de Direito Constitucional* (9. ed. rev. e atual., p. 512); e José Afonso da Silva, no livro *Comentário Contextual à Constituição* (9. ed., p. 600-601).

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 1891, em seção correspondente à declaração de direitos, que se previu um foro especial para os militares de terra e mar, consubstanciado no Supremo Tribunal Militar e Conselhos². É por essa razão que Célio Lobão (2006, p. 51) afirma que o crime militar só atingiu o nível constitucional nesta Carta Republicana. Contudo, apesar deste maior detalhamento, não houve menção à possibilidade de julgamento de civis.

Já a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 1934, foi a primeira que elencou, em seu artigo 63, os Juízes e Tribunais Militares como órgãos do Poder Judiciário³. Previu este foro especial para militares e assemelhados e dispôs, expressamente, em seu artigo 84, que ele poderia ser estendido aos civis, nos casos dispostos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país, ou contra as Instituições Militares⁴.

Dessa forma, a Justiça Militar da União passou, na Constituição de 1934, a integrar o Poder Judiciário (RAMOS, 2011, p. 20). Por fim, conforme expõe o Ministro do Superior Tribunal Militar, Artur Vidigal de Oliveira, no bojo da Apelação nº 253-84.2013.7.01.0301/RJ⁵, também foi nessa Constituição, com a extensão da jurisdição militar aos civis, que se solidificou o entendimento de que a definição dos crimes militares tenha deixado de ser *ratione personae*.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil decretada em 1937 conservou como um dos órgãos do Poder Judiciário os Juízes e Tribunais militares e manteve a organização da Justiça Militar, em relação ao julgamento de militares

² Art 77. Os militares de terra e mar terão foro especial nos delitos militares [...].

³ Art 63. São órgãos do Poder Judiciário: [...] c) os Juízes e Tribunais militares.

⁴ Art 84. Os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Este foro poderá ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país, ou contra as instituições militares.

⁵ STM. AP 253-84.2013.7.01.0301/RJ. Relator: Ministro Cleonilson Nicácio Silva. Tribunal pleno. Publicação em 30 mar. 2015.

e civis, nos mesmos moldes da Constituição de 1934. O mesmo se deu com as subsequentes Constituições de 1946, de 1967 e de 1969.

Impende notar, contudo, mediante o cotejo do artigo 129, da Constituição de 1969⁶, com o artigo 124, da Constituição de 1988, que a última não contém a palavra civil, o que, entendemos, poderia sugerir uma tentativa de retração do alcance das normas militares ou, simplesmente, a total delegação à lei. Para Célio Lobão (2006, p. 141), a segunda opção é a correta.

Coaduna com este entendimento o fato de a doutrina e jurisprudência pátrias aplicarem aos civis a competência penal da esfera federal da Justiça Militar até os dias atuais. Sobre o assunto, cabe inserir, ainda, a observação de Adriano Alves-Marreiros (2015, p. 69-70) acerca da necessária distinção entre direito penal e processual, de forma que mesmo a mudança de competência, pelos critérios *ratione personae e ratione muneris*, não excluiria a natureza de crime militar de certas condutas, ainda que seu julgamento não ocorresse na Justiça castrense.

4

AS FORÇAS ARMADAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal aduz, em seu artigo 142, o primeiro de capítulo destinado exclusivamente às Forças Armadas e inserido no título da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, que as Forças Armadas são constituídas pela Marinha, Exército e 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

⁶ Art. 129. À Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas. § 1º - Êsse fóro especial estender-se-á aos civis, nos casos expressos em lei, para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares.

dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, à garantia da lei e da ordem⁷.

Segundo José Afonso da Silva (2014, p. 786), qualificando-as como instituições nacionais, a Constituição objetivou reconhecer sua importância e relativa autonomia. Já ao declará-las permanentes e regulares, vinculou-as à própria existência do Estado e à perduração deste.

A organização com base na hierarquia constituiria o vínculo de subordinação e escalonamento de superior a inferior. A disciplina seria o poder atribuído aos superiores hierárquicos para determinar condutas e dar ordens a seus inferiores, e, por via reversa, o dever de obediência dos inferiores em relação a seus superiores, dentro dos ditames legais. A referida autoridade suprema do Presidente da República significa que, além da relação hierárquica interna de cada Força, todas elas, em conjunto, são subordinadas ao Chefe do Poder Executivo federal (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2014, p. 787).

Em relação ao título em que estão inseridas, Ney Prado (2011, p. 307-311) explica que a defesa do Estado Democrático é necessária, especialmente, em períodos de crise, quando, genericamente, se dá uma ruptura da Segurança. Os mecanismos de que a sociedade brasileira dispõe para essa defesa, na ordem jurídica atual, são o Estado de Defesa e o Estado Sítio.

Observe-se, assim, que as Forças Armadas gozam de grande prestígio, especialmente diante da sua missão constitucional relacionada à defesa da soberania, o que faz com que o crime militar se revista de especial gravidade. Não é à toa, inclusive, que a própria Constituição prevê uma Justiça especializada em matéria

⁷ 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.

militar, cujos valores envolvam não só a preservação da hierarquia e disciplina, mas, também, das próprias Instituições Militares.

5 ABORDAGEM PRINCIPIOLÓGICA

A crítica à submissão de civis à Justiça Militar se pauta, em grande parte, na sua inadequação com alguns dos princípios constitucionais vigentes, o que merece ser analisado. Em geral, são mencionados o Princípio Democrático, o Princípio da Igualdade e o Princípio do Juiz Natural, os quais se inter-relacionam. Neste artigo, vale dizer, utilizou-se a classificação adotada por José Afonso da Silva (2014, p. 124), coincidente com a de José Joaquim Gomes Canotilho, na qual todos estes postulados são enquadrados como princípios constitucionais.

5.1 Princípio do Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal de 1988, já no título I, denominado “Princípios Fundamentais”, elenca aquele de direcionamento do regime político, qual seja, o Princípio do Estado Democrático de Direito. Enquanto o Estado Democrático lastreia-se na soberania popular, o Estado de Direito se assenta na lei. A junção das expressões vem, então, consignar que as disposições legais não devem ser vistas como mero enunciado formal, mas como garantia de uma sociedade pluralista, justa e livre, em que o poder emane do povo e se baseie na afirmação dos direitos humanos fundamentais (DIRLEY, 2011, p. 525-527).

Na Constituição vigente, em que há a permissão para que a lei defina o que são crimes militares, o vetor da legitimação pela soberania popular é facilmente aferível. Tancredo Neves, eleito após uma luta pelas eleições diretas para o cargo de Presidente, faleceu antes de assumi-lo e foi substituído por José Sarney, que conseguiu aprovar a Emenda Constitucional nº 26/85, por meio da qual se

convocou a Assembleia Nacional Constituinte, cujos membros foram livremente eleitos pelo povo em 1986 e reunidos para elaboração da Constituição de 1988. E é diante deste contexto que ela pode ser qualificada como democrática e legítima (DIRLEY, 2011, p. 517).

Quanto ao Código Penal Militar, apesar de ter sido instituído por um Decreto-Lei, tem o seu artigo 9º, inciso III, que prevê a possibilidade de julgamento de civis, recepcionado pela Constituição de 1988 e, comumente, aplicado pelas Cortes Superiores⁸. Inclusive, posteriormente à promulgação da Constituição de 1988, já se alterou o artigo 9º do Código Penal Militar, nos anos de 1996 e 2011, no entanto, a opção do legislador ordinário, democraticamente eleito, foi de não alterar a competência da Justiça Militar para o julgamento do civil.

Em relação à consonância com o arcabouço valorativo da Constituição, acreditamos que a permissão constitucional e a submissão legal de civis à Justiça Militar coaduna com o prestígio das Instituições Militares, as quais se atrelam à própria existência e manutenção do Estado, bem como com a escolha do legislador constituinte pela criação desta seara especializada, dada a especificidade da matéria de que trata e dos valores a ela atinentes.

Ademais, como explicitado, historicamente, o foro militar evoluiu, deixando de ser exclusivamente pessoal. Quanto ao assunto, Célio Lobão (1999, p. 36-39) esclarece que o Direito Penal Militar aplica-se, predominantemente, ao militar, mas a submissão excepcional do civil, nos casos em que os objetos da tutela penal são as Instituições Militares quando envolvidas com sua destinação constitucional e legal, retira-lhe a personalidade. Ainda, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que à Justiça Militar cumpre o julgamento

⁸ Ratificam a afirmação, dentre outros precedentes: STM.AP(FO):0028-89.2006.7.09.0009/MS. Relator: Marcos Martins Torres. Publicação em 05 set. 2011; STF.RHC 123594 AgR/BA. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Publicação no DJe-248, em 17 dez. 2014; STF.HC 111663/RJ. Relator: Ministro Teori Zavascki. Segunda Turma. Publicação no DJe-250, em 19.12.2014.

de crimes militares, não de crimes de militares, demonstrando que o elemento central para a configuração do crime militar consiste na ofensa às Instituições Militares, não no seu autor⁹.

Além disso, conforme Luiz Felipe Carvalho Silva (2011, p. 181-182), os Tribunais Militares do Brasil são previstos na Constituição, especializados e estruturados previamente, são órgãos da Justiça Militar da União e integram o Poder Judiciário. Ademais, o princípio acusatório é observado, com respeito às garantias e liberdades individuais. Mais que isso, os representantes do Ministério Público Militar atuam como efetivos fiscais da lei, sendo dotados de imparcialidade e integrando órgão que não compõe a estrutura militar.

Assim, nos afiliamos ao autor, que diz não se poder afirmar que o julgamento de civis, por mais carente de atualização que esteja, fere princípios democráticos arduamente conquistados (LUIZ SILVA, 2014, p. 181). Por fim, insta salientar que tanto a soberania popular como a consonância com o arcabouço deontológico da Constituição visam a complementar a legalidade. Então, a previsão constitucional e legal a privilegiam, de modo que a inaplicabilidade de preceitos normativos vigentes é que soaria antidemocrático.

5.2 Princípio da Igualdade

O Princípio da Igualdade decorre da ideia de um Estado Democrático de Direito como valor fundante do país, pois significa que todos devem ter as mesmas oportunidades, sendo vedado qualquer tipo de privilégio ou perseguição infundada. Várias disposições da atual Constituição demonstram a preocupação do legislador constituinte em assegurar a igualdade de todos, sendo esta também considerada um objetivo fundamental do Estado (DIRLEY, 2011, p. 676-677).

⁹ STF. HC 99541/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Publicação no DJe-098, em 25 maio 2011.

Para o Supremo Tribunal Federal, este princípio atua com um duplo aspecto, sendo, ao mesmo tempo, um limite à discricionariedade do legislador e uma garantia fundamental dos indivíduos¹⁰. No entanto, a existência de um fator discriminatório na lei, por si só, não é suficiente para ferir a isonomia, dada a acepção material do princípio, que permite, por exemplo, a criação de ações afirmativas.

Há, então, critérios para identificar quais as discriminações juridicamente toleráveis. Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 17) aduz que as discriminações são compatíveis com a cláusula da igualdade apenas se houver um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade que gera a diferença no objeto e a desigualdade de tratamento conferida em razão dela, e desde que esta correlação não seja incompatível com os interesses trazidos pela Constituição.

A correlação lógica que faz com que o civil possa ser submetido à Justiça Militar da União, no Brasil, segundo acreditamos, decorre do comprometimento das Instituições Militares, resultante de conduta a ele atribuída e prevista como crime na Lei Penal Militar, ainda que em caráter excepcional.

Tal correlação, por sua vez, está em consonância com os valores constitucionais, posto que, como se viu, a própria Constituição prevê a Justiça Militar como órgão do Poder Judiciário, ao qual compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei, e nela há o respeito aos princípios processuais penais modernos e garantias individuais. A Lei Maior, ainda, buscou preservar não apenas a hierarquia e a disciplina, mas, também a integridade das Forças Militares.

Ante o exposto, a conclusão a que se chega é de que a competência criminal da Justiça Militar para o julgamento de civis se encontra plenamente em conformidade com os ditames constitucionais, em nada ferindo o Princípio da Igualdade.

¹⁰ STF. MI. 58. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Publicação em 19 abr. 1991.

5.3 Princípio do Juiz Natural

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2013, p. 456-457), o Direito brasileiro adotou o juiz natural em suas duas vertentes fundamentais, a primeira, sob influência do Direito anglo-saxão, que impede a criação de tribunais de exceção, e a segunda, derivada do Direito norte-americano, segundo a qual a competência do juiz deve ser fixada previamente ao fato.

A estas noções, na decisão do Habeas Corpus 86.889/SP, o Supremo Tribunal Federal também acrescentou que, de acordo com este princípio, as causas devem ser processadas e julgadas pelo órgão previamente determinado, a partir de critérios constitucionais de repartição taxativa de competência, excluída qualquer possibilidade de discricionariedade¹¹.

Dessa forma, se reconhece como juiz natural o órgão do Poder Judiciário cuja competência, previamente estabelecida, derive da Constituição. Ainda, o legislador constituinte, na função de distribuição da jurisdição, adotou, entre outros critérios, a fixação da competência em razão da matéria, pela qual se instituiu o juiz natural para processamento e julgamento dos crimes de competência da Justiça Militar (PACELLI, 2013, p. 38-39).

Mais uma vez, impende ressaltar que a previsão de uma justiça especializada não se confunde com tribunais de exceção ou *ad hoc*, tampouco com as denominadas Cortes Marciais, as quais detêm uma conotação administrativa, inserindo-se no Poder Executivo, para o julgamento dos militares por seus pares em questões administrativo-castrenses ou, quando há previsão, em questões penais. Tais Cortes, assim, jamais poderiam julgar civis na ordem constitucional brasileira (LUIZ SILVA, 2014, p. 170).

¹¹ STF. HC 86889/SP. Relator: Ministro Menezes Direito, Primeira Turma. Publicação no DJe-065, em 11.04.2008.

Conforme exposto, a Constituição Federal prevê a Justiça Militar, em seu artigo 92, inciso III, como órgão do Poder Judiciário, e autoriza, no artigo 124, que a lei defina os crimes militares a serem julgados por ela e disponha sobre a organização, funcionamento e competência da Justiça Militar. Assim, entendemos que a Justiça Militar da União, representada pelas Auditorias Militares e pelo Superior Tribunal Militar, é o juízo competente, por atribuição de jurisdição decorrente da própria Lei Maior, em demandas criminais que ferem a ordem militar.

A lei, em hipóteses minudentes previstas no artigo 9º do Código Penal Militar, especifica essa competência e, nelas, inclui o civil. Além disso, a Lei nº 8.457/1992 (Lei de Organização Judiciária Militar) regulamenta tal competência e prevê, em seu artigo 27, inciso II, que compete ao Conselho Permanente de Justiça processar e julgar acusados que não sejam oficiais¹², sendo o Conselho Julgador o juiz natural para processar e julgar civis que praticam crimes militares.

Ainda, os critérios de escolha dos juízes militares são previamente definidos, assim como a forma de condução do processo. Em relação ao aspecto substancial do juiz natural, que diz respeito à pessoa do julgador, busca-se preservar a imparcialidade dos membros do Conselho através dos artigos 37 e 38 do Código de Processo Penal Militar, que trazem os institutos do impedimento e da suspeição (CARVALHO, 2010, p. 103-104).

Assim, a Justiça Militar da União, no Brasil, conforma-se aos critérios de imparcialidade e independência estabelecidos internacionalmente. No entanto,

¹² Art. 27. Compete aos conselhos: (...) II - Permanente de Justiça, processar e julgar acusados que não sejam oficiais, nos delitos de que trata o inciso anterior, excetuado o disposto no art. 6º, inciso I, alínea b, desta lei.

apesar da defesa da constitucionalidade da submissão de civis à jurisdição penal militar da União, compartilhamos das observações de Luiz Felipe Carvalho Silva (2014, p. 184), de que isto não exclui o anseio por uma atualização legislativa, para que o civil seja julgado, singularmente, pelo Juiz-Auditor.

Por fim, vale dizer que o presidente do Superior Tribunal Militar apresentou à Câmara dos Deputados a minuta de um Projeto de Lei que pretende atualizar a Lei 8.457/1992, e uma das principais mudanças propostas pela Corte é, justamente, retirar do Conselho Permanente de Justiça a competência para julgar civis, de modo que qualquer crime militar cometido por civil, inclusive em concurso com militares, seja processado e julgado pelo Juiz-Auditor¹³.

6

INTERPRETAÇÃO APLICADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS

O Supremo Tribunal Federal, pacificamente, admite e aplica a possibilidade de julgamento de civis pela Justiça Militar da União¹⁴. As razões para tanto podem ser consubstanciadas no voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do Habeas Corpus 112.936/RJ. Enfatiza o julgador, citando diversos doutrinadores, que a Justiça Militar da União – cujos órgãos não se identificam nem se subsumem à noção de tribunais de exceção ou de juízos *ad*

¹³ Informação disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-10/superior-tribunal-militar-mudar-organizacao-justica-militar>>. Acesso em: 12 maio 2015.

¹⁴ Dentre outros precedentes: STF. HC 111.663/RJ. Relator: Ministro Teori Zavascki. Segunda Turma. Publicação no DJe-250, em 19 dez. 2014; STF. RHC 123594 AgR/BA. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Publicação no DJe-248, em 17 dez. 2014; STF. HC 115.912/BA. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Publicação no DJe-213, em 30 out. 2014.

hoc – dispõe de competência penal para processar e julgar civis, mesmo em tempo de paz, por suposta prática de crime militar tipificado em lei¹⁵.

Isto ocorre, continua o Ministro, porque a Constituição de 1988, ao remeter ao plano da legislação ordinária a definição dos delitos castrenses, viabilizou que qualquer civil, em certas situações, possa ser sujeito ativo dessa especial modalidade de infração penal, como claramente se conclui da leitura do Código Penal Militar, dada a regra inscrita em seu artigo 9º.

Contudo, apesar de reconhecer tal possibilidade, a partir de 2010, com o julgamento do Habeas Corpusº nº 100.230/SP¹⁶, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal passou a reproduzir, em inúmeras decisões¹⁷, a compilação dos motivos pelos quais entende haver excepcionalidade da Justiça castrense para o julgamento de civis, em tempo de paz.

Neste precedente, foi citado o Conflito de Competência nº 7040-4 e reafirmou-se a posição, nele adotada, de que tipificação da conduta de civil, como crime militar, depende da intenção de atingir, de qualquer modo, a Força, no sentido de impedir, frustrar, fazer malograr, desmoralizar ou ofender o militar, o evento ou situação em que este esteja envolvido.

¹⁵ STF. HC: 112.936/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Publicação no DJe-093, em 17 maio 2013.

¹⁶ STF. HC 100.230/SP. Relator: Ministro Ayres Britto. Segunda Turma. Publicação no Dje -179, em 23 set. 2010.

¹⁷ Dentre outras: STF. HC: 110.185/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Publicação no DJe-213, em 29 out. 2014; STF. HC: 112.936/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Publicação no DJe-093, em 17.05.2013; STF. HC: 110.237/PA. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Publicação no DJe-041, em 04.03.2013; STF. HC: 105.256/PR. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Publicação no DJe-027, em 08 fev. 2013.

Mais que isso, restou ratificado que a interpretação dada ao artigo 9^a do Código Penal Militar deveria ser restritiva, de maneira que a prática de delito militar, por civil, somente ocorrerá mediante a ofensa àqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar, quais sejam, a defesa da pátria, garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, conforme enumera o artigo 142 da Constituição Federal.

Para embasar tal entendimento, também foram elencadas as decisões do Habeas Corpus 81.963/RS e do Habeas Corpus 86.216/MG, que se apoiaram no princípio do juiz natural e na excepcionalidade da submissão de civis à jurisdição castrense, em tempo de paz, estabelecendo que esta só deve prevalecer se a ação delituosa afetar, ainda que potencialmente, a integridade, dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das Instituições Militares. Como precedente histórico do caráter anômalo desta jurisdição citou-se o caso “Ex Parte Milligan”.

Por fim, posteriormente, novos argumentos foram apresentados pelos nobres ministros do Supremo Tribunal Federal para sedimentar seu posicionamento, em especial aqueles relacionados à regulação do tema no plano do Direito Comparado, com frequente menção ao caso “Ex parte Milligan”, à tendência mundial de extinção dos tribunais militares em tempos de paz ou da exclusão de civis da jurisdição penal militar e à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Palamara Iribarne versus Chile, os quais serão adiante abordados.

6.1 Caso “Ex Parte Milligan”

Conforme Daniel Ivo Odon (2009, p. 26), o caso “Ex parte Milligan” se deu durante a Guerra Civil americana. À época, Lambdin P. Milligan, junto a

outros democratas contrários à guerra e ao governo, foi preso pelo Exército dos Estados Unidos, acusado de conspiração. Isto se deu com autorização do presidente Lincoln, que indicou aos comandantes a constituição de Cortes Militares para o julgamento dos envolvidos. Assim, em vez de ser julgado pelo júri da Justiça Federal do estado de Indiana, Milligan foi julgado perante uma comissão militar, condenado pelo crime de traição e teve como pena a morte na forca.

Quando o Exército, que o custodiava, se rendeu, Milligan conseguiu peticionar um Habeas Corpus e, no final de 1866, a Suprema Corte decidiu que a comissão militar não detinha competência para tratar da matéria e declarou ilícita a sua prisão, julgamento e condenação. Na decisão, o Ministro Relator, David Davis, asseverou, dentre outras coisas, que o julgamento de civis por militares violava a garantia constitucional do juiz natural, pela qual o indiciado deveria ser julgado pelo grande júri, com imparcialidade e publicidade. Ademais, concluiu não ter o Presidente, nem o Congresso, autorização legal para submeter civis às comissões militares, enquanto a Justiça Federal estivesse operante (ODON, 2009, p. 27).

Da análise deste episódio histórico, concluímos, no entanto, que o modelo norte-americano não serve de parâmetro confiável para a reflexão sobre uma possível inconstitucionalidade da submissão de civis à jurisdição penal militar no Brasil. No caso em apreço, foi constituído um tribunal militar após os fatos, com o escopo de julgar civis por atos determinados, o que jamais seria permitido no ordenamento jurídico pátrio. Ainda, a fala do Relator evidenciou a falta de imparcialidade e publicidade dos atos processuais, o que não é aplicável à realidade brasileira.

Corroborando com este entendimento o Ministro Artur Vidigal de Oliveira, ao informar que a Justiça Militar americana possui características específicas, pois o direito militar não é aplicado por um juiz ou tribunal, mas sim por Cortes Marciais,

compostas pela Corte Marcial Sumária, Especial e Geral. Estas se caracterizam pela concentração de poderes na figura do comandante, em razão de que os juízes, promotores e, comumente, a defesa são vinculados às Forças Armadas, não constituindo um órgão independente como no Brasil¹⁸.

Acrescenta o Ministro, ademais, que o modelo norte-americano não prevê a observância do Princípio da Legalidade nos crimes militares. Inclusive, é com base em tais considerações que entende, ao que nos afiliamos, que a Justiça Militar brasileira destaca-se no mundo por sua estrutura única e seria temerário adotar tendências estrangeiras, sem se ter destas o seu devido conhecimento.

Por fim, bem anota Luiz Felipe Carvalho Silva (2014, p. 178-179) que, no caso em epígrafe, vê-se o binômio Cortes Marciais *versus* tribunais em atividade regular, de modo que este erro judicial teria acontecido não pela submissão de um civil ao juízo militar, mas porque tais Cortes não detinham jurisdição para tanto, de modo que atuaram como substituto ilegítimo de um tribunal dotado de competência constitucional e que estava em total funcionamento.

6.2 Tendência mundial à exclusão dos Tribunais Militares em tempo de paz ou da submissão de civis a eles

Os países mencionados nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, e que serão abordados a seguir, são: Portugal, em razão do artigo 213, da Constituição de 1976, inserido pela Quarta Revisão Constitucional de 1997; a Colômbia, pelo artigo 213, da Constituição de 1991; Argentina, pela Lei Federal nº 26.394/2008; o Paraguai, devido ao artigo 174, da Constituição de 1992; o México, com o artigo

¹⁸ STM. AP 253-84.2013.7.01.0301/RJ. Relator: Ministro Cleonilson Nicácio Silva. Tribunal pleno. Publicação em 30 mar. 2015.

13, da Constituição de 1917; e Uruguai, pelo artigo 253, da Constituição de 1967, combinado com a Lei 18.650/2010, artigos 27 e 28.

6.2.1 Portugal

A revisão constitucional portuguesa que apresenta maior correlação com este estudo é a quarta, realizada em 1997, através da qual os Tribunais Militares foram suprimidos. Além disso, foi inserido o artigo 213 no capítulo que trata da organização dos tribunais, dispondo que durante a vigência do estado de guerra serão constituídos tribunais militares, com competência para o julgamento de crimes de natureza estritamente militar¹⁹. Ou seja, o comando constitucional passou a determinar a inexistência de Tribunais Militares durante o período de paz.

No entanto, apenas com a entrada em vigor do Código de Justiça Militar de 2004 é que a organização judiciária para os crimes estritamente militares foi integrada na justiça dos tribunais comuns de Lisboa e Porto, que passaram a ter competência militar, sendo dotados de uma composição mista, da qual fazem parte juízes de carreira e militares²⁰.

A análise do processo legislativo desse diploma legal denota a preocupação do legislador com os limites da expressão “crimes estritamente militares”, que, nas discussões travadas, estabeleceu-se ser mais restritiva que a anterior, que falava em “crimes essencialmente militares”. Assim, para o deputado Vitalino Canas,

¹⁹ Art. 213. Durante a vigência do estado de guerra serão constituídos tribunais militares com competência para o julgamento de crimes de natureza estritamente militar.

²⁰ Cf. Jurisprudência Crimes Militares: Colectânea de Textos Integrais de 2004 a 2008, p. 3. Tribunal da Relação de Porto, 2009. Disponível em: <http://www.trp.pt/ficheiros/colectaneas/colectanea_crimesmilitares.pdf>. Acesso em: 06 maio 2015.

importava expurgar do Direito Penal Militar as penas desproporcionais, o foro exclusivamente pessoal, a impossibilidade da suspensão da execução da pena, a lesão de direitos em nome da celeridade, a entrega da ação penal a um promotor de justiça, normalmente militar, e não ao Ministério Público, entre outros itens²¹.

Disto se conclui que a atuação dos extintos Tribunais Militares era pautada em uma legislação de alto rigor e sem respeito às garantias mínimas, o que revela um descompasso em relação à realidade brasileira. Ademais, a alteração de competência se deu pela via legislativa, o que poderia ser aqui observado. Afinal, se a Constituição delinea uma competência e a delega à lei, acreditamos que sua modificação pelo Poder Judiciário representaria uma invasão na atribuição do Poder Legislativo e, por via transversa, uma mácula ao próprio preceito constitucional.

6.2.2 Colômbia

A Constituição Política da Colômbia, promulgada em 1991, prevê a Justiça Penal Militar como órgão de administração da justiça e, conforme o artigo 221, as Cortes Marciais ou Tribunais Militares conhecerão dos delitos cometidos pelos membros da Força Pública em serviço ativo, quando guardarem relação com este serviço, com base no Código Penal Militar²².

²¹ Cf. Processo Legislativo, p. 4497. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/DARPages/DAR_FS.aspx?Tipo=DAR+I+s%C3%A9rie&tp=D&Numero=107&Legislatura=IX&SessaoLegislativa=1&Data=2003-04-03&Paginas=4497-4509&PagIni=0&PagFim=0&Observacoes=&Suplemento=.&PagActual=0&PagGrupoActual=0&TipoLink=0&pagFinalDia rioSupl=&idpag=276789&idint=&iddeb=&idact=>>. Acesso em: 06 maio 2015.

²² Artículo 221. Modificado. Acto Legislativo 02 de 1995, artículo 1º. De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

Em capítulo destinado aos estados de exceção, prevê o artigo 213 que, em nenhuma hipótese, os civis poderão ser investigados ou julgados pela justiça penal militar²³. Do exposto, se depreende que, sequer em estados de anormalidade, os civis podem ser submetidos à Justiça castrense. No entanto, também é possível observar que a jurisdição penal militar colombiana se apresenta sob a forma de Tribunais Militares ou Cortes Marciais, os quais, segundo diversas decisões judiciais proferidas pela Corte Constitucional, não integram o Poder Judiciário²⁴.

Além disso, os preceitos normativos colombianos, em relação ao julgamento de civis, devem ser analisados em seu contexto histórico. Assim, à época da promulgação da Constituição vigente, os crimes militares estavam sob a égide do Código Penal Militar instituído pelo Decreto 2.550/1988, que tinha delineamentos bem específicos e foram revistos em decisões judiciais. A título de exemplificação, pode ser citado o artigo 656 do Decreto, segundo o qual o Conselho Verbal de Guerra deveria ser composto somente por militares (CAMELO, 2006, p. 227-236).

Ademais, a Constituição colombiana anterior, datada de 1886, previa a possibilidade de julgamento de civis pela Justiça Penal Militar durante o Estado de Sítio, o que deu margem a diversos abusos. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em informe de 1981 sobre a Colômbia, indicou que, somente no ano de 1980, a Justiça Penal Militar havia realizado 334 Conselhos Verbais de Guerra contra civis, em razão do que se recomendou ao governo colombiano suspender o Estado de Sítio, que os interrogatórios fossem feitos em presença de

²³ Artículo 213. (...) En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.

²⁴ Cf. Sentenças C-676/01, C-361/2001 e C-037/1996, da Corte Constitucional Colombiana. Disponíveis em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-676-01.htm>>. Acesso em 28 abr. 2015.

um advogado, que os interrogandos não fossem vendados e que a Justiça Penal Militar fosse reformada de maneira substancial (CADENA, 2007, p. 33-34).

Logo, é imperioso notar que a atuação das Cortes Marciais ou Tribunais Militares colombianos, que culminou na expressa vedação constitucional, também não se assemelha à da Justiça Penal Militar brasileira. Por fim, ao que se aplica as considerações feitas no tópico antecedente, a mudança operada no ordenamento da Colômbia se deu por alterações legislativas.

6.2.3 Argentina

Segundo Eric Augusto Amsler (2014, p. 17-25), a Lei 26.394/2008 suprimiu o Código de Justiça Militar vigente desde 1951 e, através de seu Anexo I, os delitos militares foram incorporados ao Código Penal da Nação. Buscou-se, no entanto, incorporar à lei penal somente as figuras que recaíssem exclusivamente sobre aqueles funcionalmente relacionados com a atividade militar. Além disso, o Anexo I também extinguiu o foro penal militar permanente, e o Direito Penal Militar foi transferido à estrutura jurisdicional.

O Anexo II, por sua vez, estabeleceu que a criação de tribunais militares para aplicação da lei penal militar seria possível, apenas, em caráter excepcional, diante da ocorrência de um conflito armado e ante a impossibilidade de atuação imediata dos tribunais civis ordinários. Ainda, as únicas pessoas que podem ser submetidas a estes tribunais são os integrantes das Forças Armadas ou aqueles alcançados pelas definições de militar associadas aos tipos penais²⁵.

²⁵ Cf. Anexo II. Disponível em: <http://www.mindef.gov.ar/pdf/Derecho_Militar%20Contemporaneo.pdf>. Acesso em: 05 maio 2015. p. 70.

As críticas que se irrompiam ao Código de Justiça Militar Argentino de 1951 e que justificaram tais mudanças baseavam-se, principalmente, no fato de que o conjunto dos órgãos da Justiça Militar se encontrava no âmbito do Poder Executivo e não do Judiciário, único poder do Estado em que, segundo a Constituição, poderiam existir juízes. Diante deste foro especial, não especializado, questionava-se a imparcialidade dos julgadores. Ainda, o militar processado não podia escolher um defensor de confiança, devendo designar um militar de lista previamente confeccionada (RIERA, 2014, p. 28-29), o que também denota sua incompatibilidade com a realidade do Brasil.

6.2.4 Paraguai

A Constituição Nacional do Paraguai de 1992 dispõe, em seu artigo 174, que os Tribunais Militares julgarão, apenas, delitos ou faltas de caráter militar, assim qualificados pela lei, e cometidos por militares em serviço ativo. Ainda, prevê que suas falhas poderão ser recorridas perante a justiça ordinária.

O mesmo dispositivo acrescenta que, quando houver um ato previsto e apenado, tanto na lei penal comum, como na militar, será considerado crime militar, apenas, se houver sido praticado por militar do serviço ativo e no exercício das funções castrenses. Além disso, em caso de dúvida, o crime deverá ser considerado comum. Por fim, apenas na hipótese de conflito armado internacional, e na forma da lei, é que estes tribunais poderão ter sua jurisdição estendida sobre civis e militares aposentados²⁶.

²⁶ Artículo 174. De los tribunales militares. Los tribunales militares solo juzgarán delitos o faltas de carácter militar, calificados como tales por la ley, y cometidos por militares en servicio activo. Sus fallos podrán ser recurridos ante la justicia ordinaria. Cuando se trate de un acto previsto y penado, tanto por la ley penal común como por la

Acerca dessa norma, Luis Lezcano Claude (2012, p. 235-240) informa que os Tribunais Militares do Paraguai constituem uma jurisdição independente dos órgãos que integram o Poder Judiciário, já que estão incorporados às Forças Armadas e, portanto, subordinados ao Poder Executivo. Este fator os determina como tribunais administrativos, ainda que responsáveis pelo julgamento de delitos. É através de tal panorama que o autor critica os Tribunais Militares de seu país e, ao analisar o Direito Comparado, aponta a Constituição Brasileira como um modelo avançado, em razão da integração do foro militar ao Poder Judiciário.

Sendo assim, mais uma vez notamos a singularidade do modelo brasileiro, que não se aproxima daquele adotado por países que se valem de Tribunais Militares ou Cortes Marciais, como é o caso do Paraguai. Ao tema, acrescentamos as considerações já feitas nos tópicos antecedentes e ressaltamos que a alteração que excluiu o julgamento de civis por tais Cortes, em tempo de paz, deu-se pela via Constitucional.

6.2.5 México

A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917, atualmente em vigor, diz, em seu artigo 13, que ninguém poderá ser julgado por leis privativas nem tribunais especiais, mas ressalva que subsiste o foro de guerra para os delitos e faltas contra a disciplina militar. Dispõe, também, que os Tribunais Militares, em nenhum caso e por nenhum motivo, poderão exercer sua

ley penal militar no será considerado como delito militar, salvo que hubiese sido cometido por un militar en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses. En caso de duda de si el delito es común o militar, se lo considerará como delito común. Sólo en caso de conflicto armado internacional, y en la forma dispuesta por la ley, estos tribunales podrán tener jurisdicción sobre personas civiles y militares retirados.

jurisdição sobre pessoas que não pertençam ao Exército e que, quando um delito ou falta da ordem militar envolver um civil, conhecerá do caso a autoridade civil correspondente²⁷.

Em relação à estrutura do foro militar, vale registrar que a Constituição de 1917 estabeleceu a unidade de jurisdição, ao adotar o princípio da divisão dos poderes e atribuir o exercício da função jurisdicional ao poder Judiciário, mas fixou duas exceções: os tribunais militares e as juntas de conciliação e arbitragem (MACGREGOR, 2001, p. 456). Ou seja, na esteira dos países já abordados, os Tribunais Militares não integram o Poder Judiciário do México.

Ocorre que a independência dos tribunais alude, em algum sentido, à proibição de ingerências de outros poderes nas determinações jurisdicionais, o que clarifica a intenção do Constituinte de 1917 de que os civis não fossem submetidos a uma jurisdição formalmente dependente, como o foro militar (COSSIO DIAZ, 2010, p. 349).

Nesta condição, a crítica feita pelos constitucionalistas mexicanos se refere, especialmente, à localização do foro militar fora da estrutura do Poder Judiciário. Logo, aqui reforçamos as considerações dos tópicos antecedentes, para expressar seu distanciamento da realidade da Justiça Militar Brasileira. Por fim, relembramos que a mudança em relação ao foro militar, no México, também se deu por reformas constitucionais e legislativas.

²⁷ Artículo 13 - Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

6.2.6 *Uruguai*

A Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967 dispõe, em seu artigo 253, que a jurisdição militar está limitada aos delitos militares e ao caso de estado de guerra. Acrescenta, ainda, que os delitos comuns, cometidos por militares, em tempo de paz, qualquer que seja o lugar de sua prática, estarão submetidos à Justiça ordinária²⁸.

Ruben Correa Freitas (2009, p. 87) destaca que o artigo 233 atribui a função jurisdicional, a princípio, ao Poder Judiciário, mas ao analisar os outros órgãos que exercem a função jurisdicional no Uruguai, identificou o Poder Executivo, já que estava a seu cargo a Justiça Militar, exercida pelo Supremo Tribunal Militar e pelos Julgados Militares.

A localização da Justiça Militar fora do âmbito do Poder Judiciário, bem como a submissão de civis a essa jurisdição, que ocorrera em diversos momentos históricos e ocasionou abusos, suscitou críticas e, até mesmo, a repreensão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos²⁹. É, neste panorama, que a jurisdição militar no Uruguai passou a ser revista.

Assim, iniciou-se uma reforma que busca, entre outros pontos, a sua efetiva passagem para a órbita do Poder Judiciário. A Lei de Defesa

²⁸ Artículo 253. La jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares y al caso de estado de guerra. Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera que sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la Justicia ordinaria.

²⁹ Cf: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório y Conclusiones. <<http://www.cidh.org/countryrep/Uruguay78sp/cap.9.htm>>. Acesso em: 30.04.2015.

Nacional (18.650/2010) passou a prever, então, nos artigos 27³⁰ e 28³¹ de suas Disposições Finais, que o Poder Judiciário exercerá a jurisdição ordinária e militar a que se refere o artigo 253 da Constituição. O Artigo 28 também reforçou que somente os militares podem ser responsáveis por um delito militar.

A própria composição destes tribunais contribui para uma preocupação com a exclusão do civil, já que se dá, somente, por juízes militares, em atividade ou aposentados, que nem sempre têm formação jurídica³². Outro traço que distancia a Justiça Militar uruguaia da brasileira diz respeito ao Ministério Público. Lá, conforme se verifica Código de Organização dos Tribunais Militares de 1943, seus membros são militares e nomeados pelo Poder Executivo³³.

Ante o exposto, a conformação da Justiça Militar no Uruguai a distancia do modelo brasileiro, no qual, como já se registrou, há seu enquadramento como

³⁰ Artículo 27. El Poder Judicial ejerce la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar a que refiere el artículo 253 de la Constitución de la República. A tales efectos, el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Defensa Nacional, coordinará con la Suprema Corte de Justicia el respectivo traslado de funciones, mediante el correspondiente proyecto de modificación a la Ley Nº15.750, de 24 de junio de 1985, Orgánica de la Judicatura y Organización de los Tribunales. La jurisdicción militar, conforme con lo dispuesto en el artículo 253 citado, mantiene su esfera de competencia exclusivamente a los delitos militares y al caso de estado de guerra.

³¹ Artículo 28 . Dispónese que sólo los militares pueden ser responsables del delito militar. Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la justicia ordinaria.

³² Artigos 79 a 83 do Código de Organização dos Tribunais Militares de 1943. Disponíveis em: <http://www.parlamento.gub.uy/codigos/codigoorganizaciontribunalesmilitares/1943/cod_organizaciontribunalesmilitares.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

³³ Artículo 89. El Ministerio Público en materia militar será ejercido por dos Fiscales Militares nombrados por el Poder Ejecutivo. Tendrán como mínimo el empleo de Coronel o Teniente Coronel, o su equivalencia del escalafón naval.

órgão do Poder Judiciário, um juiz togado participa da composição do Conselho de Justiça e os defensores e promotores atuam com independência e imparcialidade, além de deterem formação jurídica.

6.3 Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Palamara Iribarne vs. Chile, de 2005)

Humberto Antonio Palamara Iribarne, engenheiro naval mecânico, ingressou na Armada Chilena em 1972 e se aposentou em janeiro de 1993. Neste mesmo ano, passou a trabalhar como assessor técnico das Forças Armadas, no Departamento de Inteligência Naval, sob o título de “empregado civil a contratar”³⁴.

Em fins de 1992, Humberto Iribarne escreveu o livro “Ética e Serviços de Inteligência”, o qual tentou publicar e comercializar durante a vigência do estado democrático. Para tanto, as autoridades militares consideraram que era necessária uma autorização de seus superiores. Após entregar cópias dos exemplares para dita aprovação, recebeu a informação de que a publicação não havia sido autorizada, pois seu conteúdo atentava contra a segurança e a defesa nacional³⁵.

O autor se apresentou no escritório do Comandante Chefe da III Zona Naval e manifestou estar disposto a publicar seu livro sem autorização. Assim, foi contra ele iniciado um processo penal por desobediência e descumprimento de deveres militares. Posteriormente, novos delitos militares lhe foram imputados, inclusive, por desacato. Um Tribunal Naval foi, então, constituído, e militares se

³⁴ Cf. Caso Palamara Iribarne, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, p. 19. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2015.

³⁵ Ibidem, p. 19-22.

fizeram presentes, tanto na editora “Ateli Limitada”, como no seu domicílio, para apreender os exemplares e impedir a publicação³⁶.

O caso foi submetido à Corte Interamericana, que concluiu pela ocorrência de diversas violações à Convenção Americana de Direitos Humanos. No mérito, assinalou-se que a Convenção dispunha sobre o direito de ser ouvido por um juiz ou tribunal competente e, no caso sub examine, a qualidade de militar de Palamara Iribarne era controvertida, especialmente por se tratar de militar aposentado. Ademais, notou-se que a atribuição da condição de militar a alguém, no Chile, era tarefa dotada de complexidade, por requerer a interpretação de diversas normas.

Como os crimes de desobediência e descumprimento dos deveres militares exigiam a condição de militar do sujeito ativo e a Corte entendeu que o senhor Palamara Iribarne era um civil, a ele não poderiam ser aplicadas as normais penais militares, devendo ser submetido à Justiça ordinária³⁷.

Ao analisar a garantia de ser ouvido por juiz ou tribunal independente, a Corte se debruçou sobre a composição dos tribunais militares do Chile, em tempos de paz. Do acervo probatório, exsurgiu que, em geral, seus integrantes são militares em serviço ativo, com subordinação hierárquica, não contam com a garantia de inamovibilidade nem possuem formação jurídica. Deste contexto, se entendeu que lhes faltava imparcialidade e independência, até pelo fato de as autoridades do processo, que envolvia interesses das Forças Armadas, serem delas integrantes³⁸.

A Corte também consignou que garantias processuais não foram cumpridas, já que o réu não foi submetido à jurisdição ordinária, foi ouvido por

³⁶ Ibidem, passim.

³⁷ Ibidem, p. 74-77.

³⁸ Ibidem, p. 77-80.

diversas vezes pelos fiscais e não pelos juízes, ao ser convidado para as oitivas não era informado do seu tema, não foi advertido de que poderia se abster de produzir provas contra si e não se respeitou a publicidade do processo³⁹.

Por ter sido subtraído do seu juiz natural, também se entendeu que o Estado violou o direito de recurso de Palamara Iribarne, já que todos que interpôs eram julgados por outras autoridades também militares. Tal situação se teria agravado, ainda, pelo fato de o Código de Justiça Militar chileno permitir que muito poucas decisões fossem recorridas⁴⁰.

Sobre o tema, Luiz Felipe Carvalho Silva (2014, p. 176-177) diz que a Justiça Militar chilena vai de encontro ao modelo adotado na Justiça Militar da União, pois algumas decisões restritivas, como a apreensão dos livros, escaparam à esfera judicial. Além disso, o Chile adota um sistema inquisitivo nos tribunais militares e o Ministério Público funciona como órgão pertencente à estrutura militar. Por fim, os juízes são militares em atividade, os quais não se revestem das garantias essenciais à Magistratura e não há possibilidade de recurso para cortes da jurisdição penal comum.

7 CONCLUSÃO

A competência da Justiça Militar da União para o processamento e julgamento de civis encontra-se delineada no artigo 124 da Constituição Federal de 1988, que delega à lei a definição dos crimes militares. Atualmente, o diploma

³⁹ Ibidem, p. 83.

⁴⁰ Ibidem, p. 83-84.

legal que os define é o Código Penal Militar, o qual insere o civil, em seu artigo 9º, inciso III, como possível sujeito ativo de crimes militares.

Conforme abordado, a concepção de “Justiças especializadas” visou, primordialmente, a racionalizar e aperfeiçoar as competências atribuídas aos órgãos do Poder Judiciário, inserindo-se, neste contexto, a Justiça Militar. No entanto, a Justiça especializada não se confunde com a figura da justiça de exceção, já que aquela é permanente, orgânica, aplicável a todos os casos sob sua competência e prevista na Constituição.

Historicamente, a Justiça Militar brasileira foi implantada por Alvará-Régio do Príncipe Regente D. João, em 1808, passou a constar no texto constitucional em 1891, mas só integrou o Poder Judiciário a partir da Constituição de 1934. Esta última Constituição, inclusive, previu expressamente a extensão do foro militar aos civis, preceito mantido nas Constituições subsequentes. Contudo, a Constituição Federal de 1988 não contém o vocábulo civil, o que, entendeu-se não se tratar de uma supressão de competência, mas de uma total delegação à lei.

Em relação à abordagem principiológica, a alegação de inconstitucionalidade da submissão de civis à jurisdição penal militar da União pauta-se, principalmente, na ofensa aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, da Igualdade e do Juiz Natural.

Quanto ao primeiro, entendemos que, enquanto composto pelos corolários da legalidade, legitimação pela soberania popular e consonância com o arcabouço valorativo da Constituição, resta devidamente respeitado. O Princípio da Igualdade, segundo analisamos, também não se faz maculado, pois há uma correlação lógica na submissão de civis à Justiça Militar, que é a ofensa por eles

praticada às Instituições Militares. Ainda, como observado, este *discrímen* possui fundamento na própria Constituição Federal.

Não visualizamos, também, ofensa ao Princípio do Juiz Natural, já que, a Constituição Federal prevê a Justiça Militar, como órgão do Poder Judiciário, e autoriza, no artigo 124, que a lei defina os crimes militares a serem julgados por ela e disponha sobre a organização, funcionamento e competência da Justiça Militar, o que é disciplinado pelo Código Penal e Processual Penal Militar, bem como pela Lei de Organização Judiciária Militar. Por fim, na acepção substancial, há mecanismos que protegem a imparcialidade dos julgadores.

Entretanto, como se expôs, o Supremo Tribunal Federal, desde 2010, apesar de aplicar a jurisdição penal aos civis, tem repetido, em suas decisões, argumentos pelos quais entende haver excepcionalidade nesta submissão. Além do Princípio do Juiz Natural, fala-se da regulação do tema no Direito Comparado, com menção ao caso “*Ex parte Milligan*”, a uma tendência mundial à supressão dos tribunais militares ou da submissão de civis a eles e à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos na querela de *Palamara Iribarne versus Chile*.

Nestes modelos relativos aos Direito Comparado, no entanto, restou evidenciada sua diferença em relação à realidade brasileira, que possui um caráter *sui generis*. Impera, nos países estudados, uma Justiça Militar integrada ao Poder Executivo, cuja composição se dá integralmente por militares, os quais nem sempre têm formação jurídica. Via de regra, se estabelece sob a forma de Cortes Marciais ou Tribunais Militares, que são searas administrativas, não se adota o sistema acusatório, nem se respeita os princípios processuais e garantias individuais. Assim, nada mais justo que a eles não se submetam civis.

Ante o exposto, concluímos que não há, na submissão de civis à jurisdição penal militar da União, qualquer inconstitucionalidade. Entretanto, atentos a uma máxima efetivação do aspecto substancial do Princípio do Juiz Natural, bem como às tendências internacionais sobre o tema, apresentamo-nos favoráveis a uma atualização legislativa, para que o civil, no Brasil, seja julgado, monocraticamente, pelo Juiz-Auditor, o que promoveria uma adequação do sistema brasileiro e não a importação de tendências estrangeiras inadequadas à nossa realidade.

8 REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, A. Conceito e definição doutrinária e legal de crime militar. In ALVES-MARREIROS, A.; FREITAS, R.; ROCHA, G. *Direito Penal Militar: teoria crítica & prática*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

AMSLER, E. A. *El nuevo rol de la Dirección Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y de la Auditoría General de las Fuerzas Armadas a la luz de la reforma del sistema disciplinario militar*. In *Derecho Militar Contemporáneo: el sistema de administración de justicia militar a partir de la Ley Nacional nº 26.394*. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ministerio de Defensa, 2014. Disponível em: <http://www.mindef.gov.ar/pdf/Derecho_Militar%20Contemporaneo.pdf>. Acesso em: 5 maio 2015.

BIERRENBACH, F. F. C. A Justiça Militar e o Estado Democrático de Direito. In *Direito militar: doutrinas e aplicações* / Dircêo Torrecillas Ramos, Ilton Garcia

da Costa, Ronaldo João Roth, coordenadores. 1. ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BRANCO P.G.G.; MENDES, G. F. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

CADENA, E. A. M. *Ensayo sobre el Fuero Penal Militar y su Relación con los Derechos Humanos*. 2007. 77p. Trabalho de Conclusão (Especialização) - Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá, Colômbia, 2007. Disponível em: <<http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/fuero%20penal%20militar%20y%20su%20relaci%C3%B3n.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

CAMELO, J. A. *Evolución de las Cortes Marciales*. In: *Prolegómenos – Derechos y Valores*, volumen IX, nº 18, 2006. Disponível em: <http://www.umng.edu.co/documents/63968/72400/prolegomenos-10.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2015.

CARVALHO, E. S. *O Direito Processual Penal Militar numa Visão Garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CLAUDE, L. L. *Apuntes para la reforma de la Constitución de 1992*. In *Comentario a la Constitución*. Tomo IV. Homenaje al vigésimo aniversario. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2012. Disponível em: <http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Comentario_a_la%20Constitucion_%20Tomo_IV.pdf>. Acesso em: 28 abr 2015.

COSSIO DIAZ, J. R. *Fuero militar: sus alcances y limitaciones*. *Cuest. Const.*, México, n. 22, jun. 2010 . Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/scielo>.

php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932010000100011&lng=es&nrm=iso>.

Acesso em: 30 abr. 2015.

CUNHA JÚNIOR, D. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., revista, ampliada e atualizada. Salvador: Jus Podivm, 2011.

FREITAS, R. C. *Perfil comparativo del sistema judicial en las constituciones uruguaya e italiana*. In Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XV. Montevideo, 2009. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2009/pr/pr6.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2015

LOBÃO, C. *Direito Penal Militar atualizado*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

LOBÃO, C. *Direito Penal Militar*. 3. ed. atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

MAC-GREGOR, E. F. *Panorama actual de la Doctrina Procesal* (con especial referencia al derecho procesal mexicano). In Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello nº 56. Caracas, Venezuela, 2001. Disponível em: < <https://books.google.com.br/books?id=5qYu8ykfa0QC&pg=PA456&lpq=PA456&dq=derecho+constitucional+de+mexico+1917+art+13+militares&source=bl&ots=OR3D4dtuXj&sig=4yVgpQyRHDhNbFP os00G0V7yaSI&hl=pt-BR&sa=X&ei=beseVavKJ4XFggSpkoKAAQ&ved=0CFEQ6AEwBw#v=onepage&q=MAC-GREGOR&f=false>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

MELLO, C. A. B. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

ODON, D. I. O *Direito Constitucional norte-americano em tempos de guerra e terrorismo*: insumo conceitual para o estudo do estado de exceção. 2009. 95 p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/component/docman/doc_download/182-o-direito-constitucional-norte-americano-em-tempos-de-guerra-e-terrorismo-insumo-conceitual-para-o->. Acesso em: 5 maio 2015.

OLIVEIRA, E. P. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. rev. e ampl. de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, N. *As Forças Armadas nas Constituições de 1969 e 1988*. In: *Direito militar: doutrina e aplicações / Dircêo Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa, Ronaldo João Roth, coordenadores*. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAMOS, D. T. *Direito Militar na Constituição: Relevância do Ensino do Direito Militar no Curso de Direito*. In: *Direito militar: doutrina e aplicações / Dircêo Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa, Ronaldo João Roth, coordenadores*. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RIERA, R. *El sistema de administración de justicia militar de la Ley nº 26.394 y su reglamentación por el Decreto Nº 2666/12*. In: *Derecho Militar Contemporáneo: el sistema de administración de justicia militar a partir de la Ley Nacional nº 26.394*. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Ministerio de Defensa, 2014. Disponível em: <http://www.mindef.gov.ar/pdf/Derecho_Militar%20Contemporaneo.pdf>. Acesso em: 05 maio 2015.

SILVA, J. A. Comentário Contextual à Constituição. 9. ed., atual. até a Emenda Constitucional 83, de 5.8.2014. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, L. F. C. Uma perspectiva atual da competência da Justiça Militar da União para o julgamento de civis. In: Revista do Ministério Público Militar, 24. ed. Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 2014.

UM ENIGMA DA ESFINGE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL CASTRENSE: A (IN) CORREÇÃO DA DECISÃO QUE SUSPENDE O CURSO DO PROCESSO DE DESERÇÃO DIANTE DA PRÁTICA DE NOVA DESERÇÃO E A PRESCRIÇÃO

A SPHINX RIDDLE IN MILITARY
CRIMINAL PROCEDURAL LAW:
THE (IN) CORRECTION OF DECISION
WHICH SUSPEND THE COURSE OF
DESERTION PROCESS IN FACE OF
PRACTICE OF NEW DESERTION
AND STATUTE OF LIMITATION

Vivian Almeida Carvalho

Especialista em Direito Público pela UNIFACS/BA

Analista Processual na PJM/RJ

RESUMO: A controvérsia sobre o cabimento da suspensão do processo de deserção quando o réu retorna à condição de trãnsfuga e suas implicações na contagem do prazo prescricional, em especial nas hipóteses de militares sem

estabilidade, menores de 21 (vinte) anos, quando da consumação do delito, gera insegurança jurídica e compromete a eficiência da persecução criminal. A chamada “crise de instância” não deve ser admitida como uma situação rotineira no âmbito do Processo Penal Militar. Os operadores do Direito devem refletir sobre possíveis soluções para o problema levantado, de modo a racionalizar os recursos públicos e zelar para que o processo atinja as suas finalidades, bem como para que réus, em idênticas situações, não recebam tratamentos desiguais. Uma possível solução proposta é a utilização do novel instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), previsto no artigo 976 do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015.

PALAVRAS-CHAVES: Deserção. Trânsfuga. Crise de instância. Suspensão do Processo. Prescrição. Insegurança Jurídica. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

ABSTRACT: The controversy over the possibility of suspending the criminal process when the defendant returns to renegade condition and its implications on the limitation period in question, especially in military cases without lower stability of 21 (twenty) years upon the consummation of the offense, generates legal uncertainty and undermines the efficiency of criminal prosecution. The so-called “instance crisis” should not be admitted as a routine situation in the military criminal proceedings. The law professionals should reflect on solutions to the problem raised in order to rationalize public resources and ensure that the process achieve its purposes and that defendants in similar situations do not receive unequal treatment. A possible solution proposed is the use of novel Incident Repetitive Claims Resolution (IRDR) provided for in Article 976 of the Brazilian code of civil procedure, 2015.

KEYWORDS: Desertion. Deserter. Instance crisis. Suspension Process. Prescription. Juridical insecurity. Incident Repetitive Demands Resolution (IRDR).

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da suspensão do processo de deserção quando da prática de nova deserção: (in)correção? – 3. Prescrição e crise de instância: possíveis soluções – 4. Conclusão – 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os monstros, na mitologia, eram descritos como seres de partes ou proporções sobrenaturais que empregavam sua força e ferocidade para perseguir e prejudicar os homens¹. A esfinge era um desses monstros e afligia os viajantes que tomavam a estrada que conduzia à cidade de Tebas. Aos desafortunados que cruzassem o seu caminho, referido monstro propunha um enigma, o qual, se não fosse decifrado, implicaria na morte pela sanguinária fera.

O processo penal militar, por vezes, também apresenta questões cuja resposta, sem maiores reflexões, pode levar a dispêndio de recursos públicos e ao insucesso da persecução criminal.

A título ilustrativo, imagine-se a seguinte situação: um militar não estável, com 19 anos de idade, praticou crime de deserção consumado em 22 de abril de 2014, sendo excluído do serviço ativo, nos termos do art. 456, § 4º, do Código de Processo Penal Militar (CPPM). Em 22 de maio do mesmo ano, apresentou-se voluntariamente à unidade a que servia e, após a sua reinclusão, foi denunciado pelo *Parquet* das Armas, sendo a inicial acusatória recebida um mês depois. Durante o

¹ Os monstros: gigantes, a esfinge, Pêgaso e a quimera, centauros, grifos e pãmeus. *In*: BULFINCH, T. *O livro de ouro da mitologia: (a idade da fábula): história de deuses e heróis*. Rio de Janeiro, RJ: Ediouro, 2005. p. 150.

trâmite processual, em 23 de junho de 2015, o réu cometeu novo crime de deserção e não foi capturado. Com o advento da novel exclusão do serviço castrense, o Juízo de piso, por entender que o crime em questão pressupõe a qualidade de militar e que a ausência desta consubstancia-se em óbice ao prosseguimento da ação penal, suspendeu o curso do feito. O Ministério Público Militar (MPM) não recorreu. Em 22 de agosto de 2016, após 2 (dois) anos do recebimento da denúncia, o Juízo competente abriu vista ao *Parquet* para que este se manifestasse quanto a ocorrência da prescrição.

Diante desta situação hipotética questiona-se: foi correta a decisão que suspendeu o curso do processo relativo à primeira deserção? Qual a regra de contagem do curso prescricional será aplicada em hipóteses semelhantes? Aplica-se o disposto no art. 125, VI, do CPM ou o previsto no art. 132 do CPM?

Como se demonstrará mais adiante, situações similares à do exemplo acima fornecido requerem redobrada atenção de todos os operadores do Direito envolvidos, sob pena de, qualquer que seja o entendimento adotado, transformar o processo em curso em um castelo de cartas, um sofisma custoso ao Estado, tanto no plano judicial quanto no administrativo, bem como, ao final, terminar por submeter o acusado por mais tempo do que deveria às mazelas da situação de réu, em prejuízo aos princípios constitucionais do devido processo legal, da eficiência e da razoável duração do processo.

2 DA SUSPENSÃO DO PROCESSO DE DESERÇÃO QUANDO DA PRÁTICA DE NOVA DESERÇÃO: (IN)CORREÇÃO?

Um dos argumentos² encontrados para a suspensão do trâmite do processo diante da prática de nova deserção, seria o de que a qualidade de militar seria uma condição de prosseguibilidade da ação penal e não só uma condição de procedibilidade.

Como se sabe, enquanto as chamadas condições de prosseguibilidade seriam presuposto para a continuidade de uma ação já deflagrada, sob pena de crise de instância – como ocorre, v.g., nos casos de perda da sanidade mental após o recebimento da denúncia no processo penal comum –, as condições de procedibilidade seriam aquelas especialmente exigidas para a instauração de determinado processo penal.

Consoante as lições de José Antônio Paganella Boschi,

Ao lado das condições genéricas e em equivalente nível de importância figuram as condições específicas para o exercício do direito (ou poder-dever) de ação. Essas condições, segundo a doutrina, classificam-se em condições de procedibilidade e condições objetivas de punibilidade.

As condições de procedibilidade funcionam como requisitos para que o órgão do Ministério Público possa proceder, isto é, agir em juízo, ao passo que as condições de punibilidade, sendo objetivas, interessam à tipicidade penal³.

De igual sorte, adverte o eminente professor Renato Brasileiro de Lima, que “condições da ação não se confundem com condições de prosseguibilidade.

² Para outros argumentos, confira-se, v.g. o recente voto-vencido prolatado pelo Exmo. Sr. Ministro Gen Ex Marco Antônio De Farias quando do julgamento da Correição Parcial nº 0000098-67.2016.7.01.0401/ RJ (STM, Data da Publicação: 14/07/2016 Vol: Veículo: DJE).

³ BOSCHI, J. A. P. *Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 203.

Condição da ação (ou de procedibilidade) é uma condição que deve estar presente para que o processo penal possa ter início⁴. Por sua vez, ainda segundo o referido autor,

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. Exemplo interessante é aquele constante do art. 152, caput, do CPP. De acordo com tal dispositivo, se se verificar que a doença mental do acusado sobreveio à infração, o processo permanecerá suspenso até que o acusado se restabeleça. Como se percebe, a necessidade de o agente recobrar sua higidez mental no caso de insanidade superveniente é uma condição de prosseguibilidade do processo; sem o seu implemento, o processo fica paralisado, com a prescrição correndo normalmente, o que é denominado pela doutrina de crise de instância⁵.

No âmbito do Superior Tribunal Militar (STM) embora a matéria não seja pacífica e se encontrem julgados no sentido de que a prática superveniente de novo crime de deserção implica “[...] na perda da condição de militar do agente, prejudica o prosseguimento do processo em curso, devendo esse ser sobrestado até a reinclusão do desertor/apelante às fileiras da Força a qual serve”⁶, nota-se que, por enquanto, o posicionamento majoritário inclina-se por considerar que a qualidade de militar é uma condição de procedibilidade, aferida ao tempo do recebimento da denúncia, pouco importando, para o prosseguimento do feito, a prática superveniente de nova deserção.

Destarte, verifica-se que a acusação tem logrado êxito na interposição de correições parciais e nas demais impugnações interpostas em face da decisão que determina a suspensão do processo diante da prática de nova deserção.

⁴ LIMA, R. B. *Manual de Processo Penal*. Volume único. 4 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 215, destaques nossos.

⁵ *Idem ob.cit.*

⁶ STM, Apelação nº 0000029-30.2013.7.09.0009/ MS, Data da Publicação: 03/12/2014 Vol: Veículo: DJE, Relator para Acórdão: Ministro José Coêlho Ferreira.

Fomentando tal raciocínio, vale a pena conferir as ementas de julgados abaixo colacionadas:

DESERÇÃO. HABEAS CORPUS. DPU. NOVA DESERÇÃO. CONDIÇÃO DE TRÂNSFUGA. SUSPENSÃO DO FEITO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 12/STM.

Nas deserções, a reinclusão de praça sem estabilidade é condição de procedibilidade para a instauração da ação penal. Nesse crime, em específico, deve ser verificado o status de militar do agente no momento em que se recebe a denúncia (Súmula nº 12/STM). (Destaques nossos).

Assim, para o prosseguimento normal do feito, faz-se apenas necessária a aptidão em inspeção de saúde e a reinclusão do desertor no serviço ativo. Desse modo, o trânsfuga, pelo cometimento de nova deserção durante o curso da ação penal à qual responde, desde que inspecionado e reincluído, mantém, em relação ao primeiro ilícito penal, inalterada a sua condição, pois, na consumação ou no recebimento da denúncia, é ele militar em atividade.

Também, nos termos do art. 35, parágrafo único, do CPPM, somente se pode suspender ou extinguir o processo nos casos previstos expressamente pelo Codex Militar.

Habeas Corpus conhecido. Ordem denegada.

Decisão por maioria.

(STM, *Habeas Corpus* nº 0000161-95.2015.7.00.0000/RS, Decisão: 01/09/2015, Data da Publicação: 13/10/2015, Vol: Veículo: DJE, Relator para Acórdão: Ministro Alvaro Luiz Pinto, destaques nossos)

CORREIÇÃO PARCIAL. MPM. DESERÇÃO. COMETIMENTO DE NOVA DESERÇÃO. SOBRESTAMENTO DA AÇÃO PENAL. REFORMA DA DECISÃO A QUO. PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

1. Em observância à Teoria da Atividade, adotada pelo Código Penal Militar, o fato de o agente ter sido excluído da Força em razão do cometimento de nova deserção durante o curso da Ação Penal em nada modifica a sua condição de militar no momento em que perpetrou o crime de deserção.

2.A ação penal para a apuração do crime de deserção é pública incondicionada e, nessa situação, a legislação penal militar tutela os pilares básicos das Forças Armadas, sendo vedado estabelecer outras condições de procedibilidade e de prosseguibilidade distanciadas da lei.

Pedido de Correição Parcial deferido. Decisão por maioria. (STM, Correição Parcial nº 0000098-67.2016.7.01.0401/RJ, Decisão: 16/06/2016, Data da Publicação: 14/07/2016, Vol: Veículo: DJE, Relator para Acórdão: Ministro Artur Vidigal de Oliveira, destaques nossos)

APELAÇÃO. DEFESA. DESERÇÃO. NOVA DESERÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. PROSSÉGUIMENTO DO FEITO. ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE.

1. A deserção posterior não tem o condão de sobrestar o processo de deserção anterior, em observância à Teoria da Atividade, adotada pelo Código Penal Militar.

2. A simples alegação do estado de necessidade exculpante, desacompanhada de provas, é incapaz de afastar a condenação pelo crime de Deserção. Incidência da Súmula nº 3 desta Corte.

Preliminar de ausência de condição de prosseguibilidade não acolhida. Decisão por maioria. Recurso conhecido e não provido. Decisão por maioria.

(STM, Apelação nº 0000056-35.2014.7.03.0303/RS, Decisão: 03/05/2016, Data da Publicação: 01/06/2016, Vol: Veículo: DJE, Relator para Acórdão: Ministro Artur Vidigal de Oliveira, destaques nossos)

3 PRESCRIÇÃO E CRISE DE INSTÂNCIA: POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Tecidas essas considerações iniciais sobre a possibilidade de prosseguimento do processo diante de nova deserção no curso deste, cabe outra indagação: qual a regra prescricional aplicável? Em outras palavras: cometida deserção superveniente ao processo, como deve ocorrer a contagem do curso prescricional?

O tipo penal previsto no art. 187 do Código Penal Militar (CPM) estabelece a possibilidade de cominação de sanção penal de detenção entre 6 (seis) meses e 2 (dois) anos. Assim, conclui-se, sem grandes dificuldades, que, consumada a deserção e capturado ou apresentando-se voluntariamente o réu, a prescrição em abstrato ocorrerá em 4 (quatro) anos, conforme estabelece o artigo 125, VI, do CPM.

Caso ainda foragido (trânsfuga), incide a regra do art. 132 do CPM, que estabelece que a prescrição só extinguirá a punibilidade quando o desertor atingir a idade de quarenta e cinco anos, caso não se trate de oficial.

Por oportuno, cabe registrar que o Supremo Tribunal Federal (STF) possui precedentes reconhecendo a constitucionalidade da norma contida no art. 132 do CPM, por considerar que este dispositivo legal não estabelece a imprescritibilidade do crime de deserção. Nos termos de trecho do voto prolatado no HC 112005/RS, pelo Exmo. Relator, Min. Dias Toffoli:

O art. 132 do CPM, que impede o reconhecimento da prescrição antes que o foragido atinja determinada idade, na realidade, não é obstativa de prescrição. Ela, na verdade, permite que, atingindo o desertor idade que não mais permita sua reincorporação aos quadros militares, cesse a permanência e, dessa forma, passe a fluir o prazo prescricional, em evidente benefício do desertor, de modo que, a meu sentir, não há se falar em inconstitucionalidade da norma por violação da proporcionalidade e da razoabilidade.

Vale, aqui, conferir a ementa do acórdão prolatado no mencionado julgado:

Habeas corpus. Penal Militar. Crime de deserção (CPM, art. 187). Prescrição. Trânsfuga. Extinção da punibilidade condicionada à idade mínima estabelecida no art. 132 do CPM. Aventada inconstitucionalidade por violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Não ocorrência. Ordem denegada.

1. A norma específica do Código Penal Militar não estabelece imprescritibilidade para o crime de deserção; ao revés, dada a permanência da infração, enquanto não houver a apresentação ou a captura do desertor, não há se falar no início da fluência do lapso prescricional. Contudo, diante das especificidades das atividades na caserna, exatamente porque, após determinada idade, não mais há aproveitamento do desertor para a vida militar, é que o CPM estabelece regra diferenciada para o cômputo da prescrição.

2. Ordem denegada.

(STF, *Habeas Corpus* nº 112005/RS, 1ª Turma, Julgamento: 10/02/2015, DJe-067 Divulg 09-04-2015 Public 10-04-2015, Relator: Ministro Dias Toffoli, destaques nossos)

Assentada a constitucionalidade do art. 132 do CPM, cumpre registrar que o Superior Tribunal Militar possui precedentes no sentido de que a fuga do desertor após o início da ação penal faz perdurar a condição de trânsito e, deste modo, o prazo prescricional seria regido pelas regras do já mencionado art. 132 do CPM.

Nesta linha de raciocínio, é pertinente a leitura de trecho do voto do Eminentíssimo Ministro Cleonilson Nicácio Silva, quando do julgamento da Correição Parcial nº 0000025-26.2007.7.05.0005/DF, *in verbis*:

Do exposto, resta claro que assiste razão ao MM. Juiz-Auditor Corregedor no que se refere ao terceiro erro apontado, merecendo ser anulada a Decisão que aplicou o artigo 125, inciso VI, do CPM, e declarou, erroneamente, a prescrição da pretensão punitiva.

No caso dos autos, o acusado não permaneceu na situação de trânsito, mas dela saiu e a ela retornou, em virtude da prática de um segundo crime de deserção, consumado em 26 de abril de 2008 (fls. 140). Assim, deve ser aplicada não a regra geral da prescrição, contida no artigo 125, VI, do CPM, mas sim a regra específica da deserção, disposta no artigo 132, a saber: “no crime de deserção, embora decorrido o prazo da prescrição, esta só se extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco anos, e, se oficial, a de sessenta”. Com isso, tem-se que a extinção da punibilidade pela ocorrência da primeira deserção cometida pelo Sd Ex (...) ocorrerá somente quando este vier a completar 45 anos de idade, ou caso se apresente ou seja capturado, aí sim, no prazo previsto no artigo 125, VI, do CPM.

Negar a aplicação do artigo 132 do CPM aos casos em que o desertor torna a desertar, ainda no curso de um processo anterior de deserção, extinguindo a punibilidade de um crime em decorrência do cometimento de outro ilícito, seria premiar a impunidade e incentivar a prática de uma nova deserção para se esquivar da sanção pelo crime anterior. Isso geraria, por si só, nefastos efeitos, não apenas para a disciplina castrense, como também sobre a própria efetividade da aplicação da Lei Penal, o que, de certo esta Corte não pode admitir (destaques nossos)

Nesse sentido, confira-se ainda:

DESERÇÃO. FUGA DO DESERTOR APÓS O INÍCIO DA AÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. REGRA DO ART. 132 DO CPM.

Desertor contumaz que, no curso da ação penal, passa novamente à condição de desertor.

Enquanto perdurar a condição de trãnsfuga, o prazo prescricional é regido pelas regras do art. 132 do CPM.

Extinção da punibilidade pela prescrição decretada em momento inoportuno, sob o pálio da cessação da ausência, no momento em que o ex-militar ainda se encontrava na condição de desertor, o que configura *error in procedendo*, reparável, portanto, pela via correicional, mediante Representação.

Correição Parcial deferida.

Decisão majoritária.

(STM, Correição Parcial nº 0000022-51.2008.7.01.0101/DF, Decisão: 28/04/2011, Data da Publicação: 08/07/2011, Vol: Veículo: DJE, Relator para Acórdão: Ministro José Américo dos Santos, destaques nossos)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DESERÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO.

A regra prevista no art. 132 do CPM aplica-se ao trãnsfuga, conceito que abrange não só o Agente foragido pela prática de um delito isolado de Deserção, como também aquele que, no curso da ação penal deflagrada por esse tipo de delito, volta a cometê-lo, reassumindo, pois, o mesmo status.

Prevalência, na hipótese, da regra insculpida no art. 132 do CPM sobre a prevista no art. 125 do mesmo Código.

Ausência de conflito de normas entre os comandos dos artigos 132 do CPM e 98 do Estatuto dos Militares, não só por ser o Código Penal Militar lei especial, como também por, in casu, encontrar-se o Agente longe da idade limite que, em tese, impediria a sua reinclusão no Serviço Ativo.

Improvemento do Recurso.

Decisão majoritária.

(STM, Recurso em Sentido Estrito nº 0000009-14.2006.7.01.0201 (2009.01.007608-4)/ RJ, Decisão: 23/04/2009, Data da Publicação: 23/06/2009, Vol: Veículo: DJE, Relator: Ministro Renaldo Quintas Magioli, destaques nossos)

Em princípio, a adoção de tal entendimento evitaria a chamada crise de instância gerada com o posicionamento daqueles que entendem que a prática de nova deserção e ausência de captura se revela como óbice (condição de prosseguibilidade) ao prosseguimento do processo instaurado em virtude da

deserção anterior. Faz-se mister lembrar que, embora se reconheça a existência do fenômeno da crise de instância no processo penal, ela deve limitar-se a situações excepcionais, não se podendo admitir a paralisação do processo, com fluência do lapso prescricional, como algo corriqueiro.

Ora, se a condição de trânsfuga é apta a obstar o prosseguimento do processo anterior de forma a impedir o regular exercício da pretensão persecutória pelo Estado, por via de consequência, dever-se-ia considerar que, quanto a prescrição, a regra aplicável é aquela prevista no art. 132 do CPM, sob pena de vulneração incontornável dos princípios da hierarquia e disciplina militares e fomento da impunidade.

Entretanto, tal entendimento encontra dois óbices. O primeiro é que tal hipótese não encontra guarida no artigo 125, § 4º, do CPM, que estabelece as causas de suspensão da prescrição da pretensão penal.

Registre-se que até se poderia tentar raciocinar no sentido de que a qualidade de militar na deserção superveniente praticada poder-se-ia configurar como uma questão prejudicial para fins de enquadramento no art. 125, § 4º, I, do CPM, conforme o procedimento previsto no art. 456 e ss do CPPM. Não obstante o esforço do raciocínio jurídico, constata-se que o Supremo Tribunal Federal tem precedentes afastando tese similar, como se infere da leitura das ementas abaixo transcritas, *in verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMINAL. MILITAR. CRIME DE DESERÇÃO. PEDIDO DE DEMISSÃO ANTERIORMENTE FORMULADO. EXCLUDENTE DE TIPICIDADE NÃO CONFIGURADA. CRIME EM TESE. JURISPRUDÊNCIA. LAVRATURA DO TERMO DE DESERÇÃO. QUESTÃO PREJUDICIAL. SUSPENSÃO. INEXISTÊNCIA DE PROCESSO. INVIABILIDADE. CITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

Analisar se o pedido de demissão foi corretamente formulado pelo militar e se a autoridade competente tinha obrigação de deferi-lo foge ao objeto do habeas corpus, pois não implica cerceamento da liberdade individual. O requerimento administrativo de demissão não impede a instauração do

procedimento de deserção. O militar, antes do deferimento do pedido, mantém vínculo com o serviço e as obrigações militares, e sua ausência à unidade em que serve configura, em tese, crime de deserção. Precedentes. A lavratura do termo de deserção não pode ser considerada processo penal militar, mas mero procedimento administrativo inquisitorial. Assim, não há que falar em suspensão, com base no art. 124 do Código de Processo Penal Militar. A suspensão somente se aplica ao processo criminal já instaurado. Não se exige a citação do investigado para a lavratura do termo de deserção, mas apenas a publicação do termo em boletim ou documento equivalente (art. 454 do Código de Processo Penal Militar). Isso decorre da natureza inquisitorial do procedimento, cuja finalidade é instruir eventual ação penal que venha a ser oferecida. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.

(STF, Recurso *Habeas Corpus* nº 84783/ DF, 2ª Turma, Julgamento: 06/06/2006, DJ 15-12-2006 PP-00110 Ement VOL-02260-03 PP-00591, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, destaques nossos)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL MILITAR. CRIME DE DESERÇÃO. REINCORPORAÇÃO AO SERVIÇO MILITAR. SUPERVENIÊNCIA DE NOVA DESERÇÃO. PRESCRIÇÃO DO PRIMEIRO DELITO. INAPLICABILIDADE DA REGRA DO ART. 132 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ORDEM CONCEDIDA.

1. É firme a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a prática de novo crime de deserção não interfere no cômputo do delito militar antecedente. A falta de previsão legal, a superveniência de um segundo delito de deserção não é de ser tratada como causa de suspensão ou mesmo de interrupção do lapso prescricional. 2. Ordem concedida, para restabelecer a decisão da 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, que declarou extinta a punibilidade do paciente, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, nos exatos termos do inciso IV do art. 123, c/c o inciso VI do art. 125, ambos do Código Penal Militar.

(STF, *Habeas Corpus* nº 102008/ RJ, 2ª Turma, Julgamento: 13/12/2011, DJe-033 DIVULG 14-02-2012 PUBLIC 15-02-2012, Relator: Ministro Ayres Britto, destaques nossos)

Por outro lado, o segundo empecilho consiste na circunstância de que a jurisprudência do STF, de igual sorte, vem-se firmando no sentido de que a prática de novo crime de deserção não interfere na contagem do prazo prescricional do delito de deserção antecedente, que – para o Pretório Excelso – seria regulado pelo

art. 125, VI, do CPM. Confirmando a atualidade de tal entendimento, confira-se as ementas abaixo colacionadas:

Habeas corpus. 2. Militar. Deserção. Reincorporação. Cometimento de novas deserções. 3. Prescrição quanto ao primeiro delito. Incidência do art. 125, VI, do CPM. A regra do art. 132 do CPM somente se aplica àquele que não foi capturado ou que não se apresentou. 4. Extinção da punibilidade. Ocorrência. 5. Ordem concedida.

(STF, *Habeas Corpus* nº 112007/ RJ, 2ª Turma, Julgamento: 11/09/2012, DJ DJe-202 Divulg 15-10-2012 Public 16-10-2012, Relator: Ministro Gilmar Mendes, destaques nossos)

DESERÇÃO – REINCORPORAÇÃO AO SERVIÇO MILITAR – NOVA DESERÇÃO – PRESCRIÇÃO DO PRIMEIRO DELITO – CONSUMAÇÃO – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 132 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. A regra contida no preceito alcança apenas o militar que permanece foragido, e não o reincorporado que venha a praticar nova deserção.

(STF, *Habeas Corpus* nº 104231/ RJ, 1ª Turma, Julgamento: 08/09/2015, DJe-190 DIVULG 23-09-2015 PUBLIC 24-09-2015, Relator: Ministro Marco Aurélio, destaques nossos)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL MILITAR. DESERÇÃO. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. INADMISSIBILIDADE DO WRIT. REINCORPORAÇÃO AO SERVIÇO MILITAR. NOVA DESERÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. 1. Há óbice ao conhecimento de habeas corpus impetrado contra decisão monocrática do Superior Tribunal Militar, cuja jurisdição não se esgotou. Precedentes. 2. O cômputo do prazo prescricional do artigo 125 do Código Penal Militar permanece inalterado nos casos em que o acusado, reincorporado ao serviço militar após o cometimento do crime de deserção (artigo 187, caput, do Código Penal Militar), reincide na prática delitiva. 3. Habeas corpus extinto sem a resolução de mérito, mas com concessão da ordem de ofício para declarar a extinção da punibilidade do paciente por prescrição da pretensão punitiva estatal.

(STF, *Habeas Corpus* nº 121281/ DF, 1ª Turma, Julgamento: 19/08/2014, DJe-191 DIVULG 30-09-2014 PUBLIC 01-10-2014, Relator: Ministra Rosa Weber, destaques nossos)

Destarte, conclui-se que no caso de militar processado por deserção que comete nova deserção no curso do processo anterior, a jurisprudência do STF

tem-se orientado por aplicar o prazo previsto no art. 125, VI, do CPM para a primeira deserção e, para a segunda, aquele previsto no art. 132 do CPM, enquanto se encontrar foragido o acusado.

Neste contexto e diante da inexistência de decisões vinculantes sobre o assunto, percebe-se que a sorte dos acusados, em tais feitos, vai variar a depender das posições adotadas pelos operadores do Direito atuantes no caso concreto, em ofensa aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Imagine-se, por exemplo, que o Órgão Julgador e a acusação entendam que a regra correta a ser aplicável é aquela prevista no art. 132 do CPM. Caso a defesa não maneje as impugnações pertinentes, a prescrição não será declarada. Por outro lado, caso o Juízo e o MPM entendam que a condição de militar é condição de prosseguibilidade e, por consequência gere a suspensão do processo, mas o primeiro entenda que a regra da contagem do prazo prescricional é a do art.125, VI, CPM, e o segundo que seria mais correta a aplicação do art. 132 do CPM, o desfecho será outro. E assim por diante.

Talvez uma possível solução para que a sorte do acusado não reste ao sabor dos diversos entendimentos jurídicos sobre o tema, de modo a assegurar os princípios da razoabilidade e da isonomia, fosse refletir, inicialmente, sobre a possibilidade da utilização do novo instituto do “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” (IRDR) trazido pelo novel Código de Processo Civil, em seu art. 976⁷ e ss, no âmbito do Superior Tribunal Militar.

Observe-se que o IRDR pressupõe justamente a repetição de processos que contenham a mesma controvérsia sobre questão de direito, bem como o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

⁷ Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), art. 976.: É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Por outro lado, a utilidade produzida pela aplicação do aludido incidente é imensa, pois a decisão a ser prolatada pelo STM – caso admitida tal possibilidade – teria efeitos vinculantes para todos os outros processos que versassem sobre a mesma questão de direito, conforme previsto no art. 985⁸, I, do nCPC. Poder-se-ia, inclusive, trabalhar a questão de forma a viabilizar sua chegada ao STF. A pacificação produzida pela aplicação do instituto geraria economia e racionalização do trabalho no âmbito da Justiça Militar, diminuindo as interposições de recursos, em prol da segurança jurídica e do princípio da eficiência. É algo para a reflexão.

Já no campo extrajudicial – e também com o escopo de evitar a chamada “crise de instância” em situações similares a ora proposta – poder-se-ia pensar na criação de grupos de trabalho com o objetivo de identificar em quais localidades/Juízos tais situações se repetem com maior frequência, mediante análise estatística, bem como verificar quais as causas, para, posteriormente, propor possíveis soluções. Não se deve olvidar que o processo de deserção deve ter um rito célere e, se tal não ocorre, deve-se tomar medidas para que sejam sanados os eventuais empecilhos que impedem que o processo atinja sua finalidade.

⁸ Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), art. 985.: Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. § 1o Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação. § 2o Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

4 CONCLUSÃO

Pois bem. Feitas todas essas digressões, retornemos à nossa situação hipotética inicial e à afirmação de que casos similares exigem acuidade de todos os operadores do Direito envolvidos, tendo em vista a racionalização dos recursos públicos, o princípio da razoabilidade e a condição do acusado como sujeito (e não objeto, advirta-se!) do processo.

Na situação sugerida, lembre-se, o praça não estável, com 19 anos de idade, praticou crime de deserção consumado em 22 de abril de 2014, sendo excluído do serviço ativo, nos termos do art. 456, § 4º, do Código de Processo Penal Militar (CPPM). Em 22 de maio do mesmo ano, apresentou-se voluntariamente à unidade a que servia e, após a sua reinclusão, foi denunciado pelo MPM, sendo a inicial acusatória recebida um mês depois. Durante o trâmite processual, em 23 de junho de 2015, o réu cometeu novo crime de deserção e não foi capturado. Com o advento da novel exclusão do serviço castrense, o Juízo de piso suspendeu o curso do feito. O Ministério Público Militar (MPM) não recorreu. Em 22 de agosto de 2016, após 2 (dois) anos do recebimento da denúncia, o Juízo competente abriu vista ao *Parquet* para que este se manifestasse quanto a ocorrência da prescrição. Esta a hipótese proposta.

Imagine-se, agora, que praticamente estivesse concluída a instrução processual quando da prática da nova deserção. Tanto a defesa quanto a acusação deram-se por satisfeitas quanto a prova produzida.

Note-se que tanto no momento exato da prática da nova deserção (23 de junho de 2015), quanto no momento da abertura de vista ao *Parquet* para a manifestação sobre a manifestação quanto a prescrição em abstrato (22 de agosto

de 2016), melhor que a espera pelo desfecho de toda a discussão jurídica preste a se instaurar, seria a superveniência da sentença condenatória, visto que os efeitos desta seriam fulminados pela prescrição retroativa. E aqui, advirta-se, em nenhum momento se está a falar da famigerada prescrição em perspectiva, a qual não encontra acolhida nem na jurisprudência do STF nem, muito menos, na do STM. Explica-se.

Quando se trata de militares que praticam crimes de deserção quando menores de 21 (vinte e um) anos, em geral tecnicamente primários, e que ainda gozem da atenuação prevista no art. 189 do CPM (relembre-se que no exemplo dado o desertor apresentou-se em menos de 60 dias) dificilmente a pena a ser fixada na sentença condenatória ficará além do mínimo ou, ainda que fique, ultrapassará o patamar de 1 (um) ano.

Tendo em vista o princípio da individualização da pena e da proporcionalidade, também a acusação não terá razões para recorrer e, caso recorra, o recurso dificilmente logrará êxito.

Daí porque sobrevindo uma sentença condenatória, a pena será concretamente aplicada abaixo de um ano, sujeitando-se ao prazo prescricional de 2 (dois) anos, nos termos do art. 125, VII, do CPM. Como a réu era menor de 21 anos na data da prática do fato, o prazo reduz-se à metade, nos termos do art. 129 do CPM. A partir daí, assim que transitada em julgado a sentença para a acusação, poderá ser declarada a prescrição retroativa, inclusive de ofício, nos termos do art. 133 do CPM.

Com o reconhecimento da prescrição retroativa, o advento da sentença condenatória não produzirá nenhum efeito, penal ou extrapenal, visto que aquela será rescindida.

Como bem leciona Celso Delmanto, “com a ocorrência da prescrição retroativa, fica rescindida (desconstituída) a condenação, que servirá, tão só, para marcar a quantidade da pena justa, pela qual será aferida a prescrição”⁹. E mais adiante:

Efeitos da prescrição retroativa. Como a prescrição se verifica antes de transitar em julgado a sentença final condenatória e o art. 109 lhe faz ressalva e remissão expressas, trata-se de prescrição da pretensão punitiva (ou “da ação penal”). Por isso, fica extinta a própria pretensão de se obter uma decisão a respeito do crime. Não implica responsabilidade do acusado, não marca seus antecedentes, nem gera futura reincidência; o réu não responde pelas custas do processo e os danos poder-lhe-ão ser cobrados no cível, mas só na via ordinária¹⁰.

Ou seja, no exemplo citado apenas se dispense os parcos recursos do Estado.

Note-se que mesmo se não houvesse decorrido 1 (um) ano do recebimento da denúncia quando da prática da nova deserção, ainda assim a atenção deveria ser redobrada e, agora, por parte da acusação. Isso porque caso o Juízo entenda por bem suspender o curso do processo e o MPM impugne tal decisão mediante correição parcial, este último deve zelar pelo célere trâmite desta para que não transcorra o mencionado prazo prescricional reduzido.

Essas são algumas das considerações iniciais sobre o tema, com o escopo de contribuir para que o processo penal, em casos similares ao ora proposto, não tenha a mesma sorte dos infelizes viajantes que cruzavam com a Esfinge no caminho para Tebas, em contumélia irreversível aos princípios jurídicos da hierarquia e da disciplinas militares, bem como ao devido processo legal em sentido substancial.

⁹ DELMANTO, C. [et al]. *Código Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 405.

¹⁰ Idem ob.cit, p. 406.

5 REFERÊNCIAS

BOSCHI, J. A. P. *Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BULFINCH, T. *O livro de ouro da mitologia: (a idade da fábula): história de deuses e heróis*. Rio de Janeiro, RJ: Ediouro, 2005.

DELMANTO, C. [et al]. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FAVORETTO, A. C. *Princípios constitucionais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FRANCHINI, A.S. *As melhores histórias da mitologia: deuses, heróis, monstros e guerras da tradição greco-romana*. Vol 1. Porto Alegre, RS: L&P, 2014.

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

MIGUEL, C.A; CRUZ, I.S. *Elementos de direito penal militar: parte especial*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.



**Este periódico foi impresso em Brasília, em outubro de 2016,
pela Gráfica e Editora Movimento Ltda; miolo em papel pólen *soft* 80g
e capa em *duo design* 250g.**

Visite nossa página: [_www.mpm.mp.br/editorial/_](http://www.mpm.mp.br/editorial/)